

EL SISTEMA DEL TRIPLE CÓMPUTO DEL DAÑO EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL: ¿UN MODELO PARA LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL?

DIEGO GARCÍA VÁSQUEZ*
JENNIFHER SANABRIA MOLINA**

RESUMEN

La responsabilidad por violación de derechos de propiedad intelectual tiene reglas especiales. Una de ellas se concreta en el sistema del triple cómputo. Este consiste en analizar tres variables para cuantificar la indemnización: los perjuicios patrimoniales, las ganancias percibidas por el infractor y el precio que este hubiera pagado por una licencia. En este artículo se evaluará la viabilidad de aplicarlo con carácter general, es decir, aplicarlo con base en el régimen común a cualquier hipótesis de responsabilidad.

Palabras clave: responsabilidad civil; ilícitos lucrativos; sistema del triple cómputo; *favor victimæ*; disuasión.

* Doctor en Derecho de las universidades Externado de Colombia y París I (Panthéon-Sorbonne), magíster en Responsabilidad Civil de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la misma universidad y en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana, abogado de la Universidad de La Sabana. Es profesor de Responsabilidad Civil y Seguros en la Universidad Militar Nueva Granada (sede Campus), donde también dirige el área de Derecho Privado y el semillero en responsabilidad civil y seguros. Es miembro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Acoldece). Afiliación institucional: Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: diego.garcia@unimilitar.edu.co. Fecha de recepción: diciembre de 2023. Fecha de aceptación: enero 2024. Para citar el artículo: García Vásquez, Diego y Sanabria Molina, Jennifer. "El sistema del triple cómputo del daño en la propiedad intelectual: ¿un modelo para la responsabilidad en general?", en *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 37, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2024, pp. 155-179. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n37.06>.

** Abogada de la Universidad de La Sabana y magíster en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la misma universidad. Docente de las asignaturas Propiedad Intelectual, Derecho Comunitario de la Unión Europea y Derecho Internacional Privado en la Universidad Militar Nueva Granada (sede Campus), donde se encuentra vinculada al grupo de investigación de Derecho del Consumidor, Competencia Desleal, Propiedad Intelectual y Transferencia Tecnológica. Afiliación institucional: Universidad Militar Nueva Granada. Fecha de recepción: diciembre 2023. Fecha de aceptación: enero 2024. Correo electrónico: jenniferher.sanabria@unimilitar.edu.co.

THE THREEFOLD COUNTING SYSTEM IN INTELLECTUAL PROPERTY:
A MODEL FOR THE CIVIL LIABILITY GENERAL SYSTEM?

ABSTRACT

Liability for intellectual property infringements has special rules. Among them exist the triple damages calculation system that analyses three types of variables to quantify it: the actual harm and the loss of revenue suffered by the owner of the rights as the result of the infringement; the amount of the profits earned by the infringer as a result of the infringing acts; the price that the infringer would have paid for a contractual license, due regard being had to the market value of the rights infringed and to contractual licenses that have already been granted. Therefore, this article aims to explore this enforcement in liability and intellectual property law.

Key words: Civil Liability; Lucrative Torts; Threefold Counting System; *Favor Victimæ*; Deterrence.

INTRODUCCIÓN

La normativa sobre propiedad intelectual sugiere una especialidad de sus reglas de responsabilidad con respecto a las reglas del régimen común¹. Tal especialidad resulta de las necesidades específicas que el resarcimiento debe satisfacer en esa disciplina². Dichas necesidades se resumen en la dificultad de probar los perjuicios³ y en el imperativo de disuadir la intención de infringir los derechos protegidos⁴.

1 En propiedad industrial, la responsabilidad derivada de las infracciones está regulada en el artículo 243 de la Decisión 486 del 2000, expedida por la Comunidad Andina de Naciones, que establece el sistema del triple cómputo. Por su parte, el artículo 3 de la Ley 1648 de 2013 establece el sistema de indemnizaciones preestablecidas, el cual, a elección del demandante, solo se aplica a las infracciones marcarías, cuya reglamentación está en los artículos 2.2.2.21.1 y 2.2.2.21.2 del decreto 1074 del 2015. En derecho de autor, el artículo 57 de la Ley 44 de 1993 establece los criterios de cuantificación de los daños materiales. El artículo 32 de la Ley 1915 de 2018, que modificó la Ley 23 de 1982, estableció el sistema de indemnizaciones preestablecidas y le dio al Gobierno un plazo de doce meses, a partir de la promulgación de la ley, para reglamentarlo, pero aún no lo ha hecho.

2 Se afirma, por ejemplo, que, en propiedad intelectual, la responsabilidad civil no solo juega un rol resarcitorio, sino también restitutorio. En este sentido, Ramírez Sierra, Diego Fernando. “Responsabilidad civil por infracción a los derechos de propiedad intelectual: un sistema mixto de reparaciones y restituciones”. En: Ortega Díaz, Juan Francisco y Sandoval Gutiérrez, José Fernando (coords.). *Protección jurisdiccional y observancia de la propiedad industrial y de los derechos de autor*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2022, pp. 129-179.

3 En ese sentido, Moreno Martínez, Antonio Manuel, “La evaluación de la indemnización ante la infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual”. En: Moreno Martínez, Antonio Manuel (coord.). *Problemática actual de la tutela civil en la vulneración de la propiedad industrial e intelectual*. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 165-166; Sandoval Gutiérrez, José Fernando. “Más allá de la acción por infracción de derechos de propiedad industrial”. En: Ortega Díaz, Juan Francisco y Sandoval Gutiérrez, José Fernando (coords.). *Protección jurisdiccional y observancia de la propiedad industrial y de los derechos de autor*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2022, p. 96.

4 El Convenio sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el

La especialidad se sintetiza en un sistema dual de responsabilidad. La víctima de la infracción tiene dos alternativas para obtener el resarcimiento de sus perjuicios. Puede acudir a un sistema denominado del triple cómputo o acogerse a un sistema de indemnizaciones preestablecidas. El primero consiste en cuantificar la indemnización con base en tres criterios⁵: los perjuicios patrimoniales, las ganancias derivadas de la infracción y el precio de una licencia hipotética. El segundo consiste en aplicar indemnizaciones tarifadas⁶ por el legislador⁷, las cuales se dosifican dentro de un piso y un techo, en función de criterios como la magnitud y duración de la infracción, la reincidencia o el carácter notorio de la marca.

Las razones que llevaron a implementar este sistema en la propiedad intelectual son plausibles: es razonable facilitar la actividad probatoria de las víctimas⁸ y disuadir la comisión de infracciones a los derechos ajenos. Por lo tanto, el sentido común recomienda que tales beneficios se obtengan en todos los ámbitos, y no solo en el de la propiedad intelectual. Pero la conveniencia no se traduce en viabilidad jurídica. Por eso hay que analizar si el trasplante es factible con base en el derecho positivo vigente.

Con base en ello, pretendemos resolver el siguiente problema jurídico: ¿La regla del triple cómputo del daño —aplicable, de momento, solamente en la propiedad intelectual— es aplicable al régimen general de responsabilidad civil?

Defenderemos la tesis positiva. Lo haremos con base en el método dogmático. Por lo tanto, asumiremos una “posición valorativa de las normas jurídicas”⁹,

Comercio (ADPIC) establece que los países miembros, entre ellos Colombia, deben establecer procedimientos judiciales tendientes a prevenir y disuadir las infracciones a los derechos (Art. 41).

5 Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia del 27 de diciembre de 2018, expediente 2019-075108. En este fallo la SIC analizó otros criterios para la aplicación del sistema del triple cómputo, tales como la presunción de daños derivados de la infracción marcaría, para lo cual debe ceñirse a lo establecido en el Art. 167 CGP, reiterando que no existe un sistema de presunción para estos casos.

6 En propiedad industrial, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1648 de 2013, las indemnizaciones preestablecidas solo son procedentes frente a las infracciones marcarías.

7 Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2264 de 2014. Por el cual se reglamenta la indemnización preestablecida por infracción a los derechos de propiedad marcaría, Arts. 1 y 2; Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Art. 2.2.2.21.2; Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2642 de 2022. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 y los Decretos 1072 de 2015 Único Reglamentario del Sector Trabajo, 1074 de 2015 Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación y 1079 de 2015 Único Reglamentario del Sector Transporte. Art. 41.

8 Sobre todo ahora, que se ha abierto paso la tesis de que en la responsabilidad civil rige el principio *favor victima*. En ese sentido, Solarte Rodríguez, Arturo. “El principio *favor victima* y su aplicación en el derecho colombiano”. *Anuario de Derecho Privado*, n.º 1, 2019, pp. 257-304; en contra, Mantilla Espinosa, Fabricio. *Tendencias tendenciosas. Dos ensayos sobre responsabilidad civil*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020.

9 La expresión es de Giraldo Bustamante, Carlos Julio. “La dogmática: la forma de simplificar la realidad y poder explicarla a otros” En: Barreto Roza, Antonio y Lozano Rodríguez, Eleonora (eds.). *Metodologías de investigación jurídica: experiencias y desafíos del oficio de investigar en derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2021, p. 106.

correlacionando “normas de derecho de distintos órdenes, con el propósito de plantear una alternativa de respuesta normativa para el problema jurídico”¹⁰. El derecho positivo analizado será el colombiano, aunque eventualmente se hagan referencias tangenciales a derechos extranjeros, lo que en ningún caso tendrá pretensiones comparatistas.

La argumentación se dividirá en dos partes. En la primera explicaremos el sistema del triple cómputo (I), limitando la explicación al ámbito de la propiedad industrial¹¹. En la segunda parte explicaremos las razones de su aplicabilidad en el régimen común (II).

I. EL SISTEMA DEL TRIPLE CÓMPUTO

La especialidad de la responsabilidad por infracción a la propiedad industrial se concreta en las reglas sobre tasación de los perjuicios. Esas reglas establecen que el importe de la indemnización no se deduce solamente del valor de los perjuicios tradicionales del régimen común¹². El afectado puede solicitar otros rubros establecidos en la ley. Tales rubros son los ingresos derivados de la infracción y el precio de la licencia que el infractor ha debido pagarle al titular del derecho para usarlo lícitamente¹³.

Ahora bien, al analizar este sistema desde el punto de vista del derecho privado de daños, surgen algunas dudas conceptuales sobre esas partidas complementarias. Por eso es necesario determinar su naturaleza real, con el fin de precisar lo que son (B) y lo que no (A).

A. ABSORCIÓN DE GANANCIAS Y LICENCIA HIPOTÉTICA:

LO QUE NO SON, AUNQUE PAREZCA

El artículo 243 de la Decisión 486 de 2000 establece unos criterios para la tasación de la indemnización. Allí incluye los tres factores del sistema del triple cómputo. Pero dichos elementos, en realidad, no son criterios de tasación, aunque así los denomine la norma¹⁴. Ello se infiere de que el primero de ellos es el daño emergente y el lucro cesante. Ambos son tipos de perjuicio¹⁵. Por ende, sería razonable concluir

10 *Ibid.*

11 Prescindiremos de resolver el problema jurídico con base en el derecho de autor, la otra rama de la propiedad intelectual en la que se ha reconocido legislativamente la aplicación de la regla del triple cómputo. La exclusión se debe a las particularidades que tiene la regla en ese ámbito, las cuales ameritan elaborar un texto doctrinal específico.

12 Es decir, daño emergente, lucro cesante y todos los extrapatrimoniales.

13 A las variables comunes de tasación se les agregan otras dos variables que computan para obtener el importe de la indemnización.

14 Comisión Comunidad Andina. Decisión 486 de 2000, Art. 243: “Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes [...]”.

15 Definidos así por la ley civil, en el artículo 1614 del Código Civil.

que los otros dos también lo son¹⁶, pues forman parte de la misma enumeración y se anuncian como especies del mismo género.

Sin embargo, no son perjuicios. La absorción de ganancias lo sería si la ley le exigiera al demandante probar que las ganancias del infractor son pérdidas correlativas para él¹⁷. Pero la ley no exige esa prueba. Basta la prueba de las ganancias¹⁸, y estas no siempre son lesivas para el demandante. En otros términos, al afectado se le exige la prueba de la infracción, es decir, del daño¹⁹, pero no de sus efectos subjetivos, es decir, de los perjuicios²⁰.

Por su parte, el precio de la licencia hipotética, si se considerara perjuicio, sería un perjuicio incierto. El demandante puede demostrar el precio que cobra habitualmente por licenciar su derecho. También puede probar el valor comercial de su licencia. Pero ninguna de esas pruebas demuestra que él le hubiera concedido una licencia al infractor, ni que ese fuera el precio que le hubiera cobrado si se la hubiera concedido, ni que no se la hubiera concedido gratuitamente.

En síntesis, la absorción de ganancias y la licencia hipotética no son lo que la ley dice que son y tampoco son perjuicios²¹. Es necesario, entonces, identificar la naturaleza de esas figuras, que, junto con los perjuicios²², componen el sistema del triple cómputo.

16 Así lo ha entendido la Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales: Sentencia del 15 de junio de 2016, expediente 2015-170623; Sentencia del 27 de diciembre de 2018, radicación 16-185373, y Sentencia del 14 de julio de 2022, radicación 19-227835. En contra, Lizarazu Montoya, Rodolfo. *Manual de propiedad industrial*. Bogotá: Legis, 2014, y Metke Méndez, Ricardo. *Lecciones de propiedad industrial*, t. II, Bogotá: Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2002.

17 En cuyo caso las ganancias del infractor constituirían un lucro cesante para el demandante, en los términos del artículo 1614 del Código Civil. Y, si ello fuera así, sobraría la consagración de una figura especial llamada absorción de ganancias.

18 Sandoval Gutiérrez, José Fernando. “Indemnización de daños causados con la infracción de derechos de propiedad industrial. Un sistema que escapa de la tradición”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, enero-junio 2017, p. 63.

19 En materia de propiedad industrial, la distinción entre daño y perjuicio fue implementada en 2018: SIC, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia del 27 de diciembre de 2018, *op. cit.*

20 “El daño es el detrimento que sufre la víctima [...] Este daño es idéntico, con independencia de los sujetos que lo sufran, siempre que el detrimento sea el mismo [...] El perjuicio son las consecuencias de ese daño, que pueden ser diferentes según las condiciones de quien o de quienes lo hayan sufrido”: Mendoza Ramírez, Álvaro. *Obligaciones*. Bogotá: Temis-Universidad de la Sabana, 2020. La Corte Suprema de Justicia acogió la distinción entre daño y perjuicio en la Sentencia del 3 de abril de 2019: Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, rad. 11001-31-03-015-2010-00268-01, expediente SC-3653-2019.

21 SIC, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales: Sentencia del 15 de junio de 2016, *op. cit.*; Sentencia del 27 de diciembre de 2018, *op. cit.*; y Sentencia del 14 de julio de 2022, *op. cit.*

22 Es decir, el daño emergente, el lucro cesante y los perjuicios extrapatrimoniales en todas sus variedades reconocidas.

B. ABSORCIÓN DE GANANCIAS Y LICENCIA HIPOTÉTICA: LO QUE SÍ SON

Las partidas tradicionales de una indemnización propenden por la reparación integral: con su pago, el afectado queda en la situación que tendría si la infracción no se hubiera consumado. No hay enriquecimiento ni empobrecimiento para él. Hay indemnidad. En cambio, si al pago de los perjuicios se le agregan las ganancias del infractor y el precio de una licencia hipotética, el afectado quedaría en una situación más favorable de la que tenía antes de la infracción.

Eso significa que la absorción de ganancias y el precio de una licencia hipotética no tienen naturaleza indemnizatoria²³. Desde el punto de vista del infractor, son penas privadas²⁴; desde el punto de vista del perjudicado, son prestaciones económicas que incrementan su patrimonio, como retribución²⁵ por el padecimiento de hechos ilícitos lucrativos.

Resta analizar si ellas son aplicables en el régimen común de responsabilidad.

II. APLICABILIDAD DEL SISTEMA DEL TRIPLE CÓMPUTO EN EL RÉGIMEN COMÚN

El derecho privado colombiano cuenta con varias normas que reconocen la absorción de ganancias (A), y con al menos una regla general que puede sustentar la licencia hipotética²⁶. Por su parte, el estándar del *favor victima* o *pro damnato* (B) no solo permite, sino que impone la aplicación de las dos figuras.

Debe aclararse que el otro ámbito en el que puede aplicarse un equivalente de la licencia hipotética es el contractual. Allí la figura se denomina indemnización por negociación hipotética: es un término propio del derecho anglosajón²⁷, y se traduce en la suma hipotética que un contratante le debería pagar al otro para quedar liberado de cumplir el contrato²⁸.

23 La indemnidad se alcanza con la indemnización plena de los perjuicios.

24 Sobre el concepto de pena privada, Jault, Alexis. *La notion de peine privée*. París, LGDJ, 2005, y García Vásquez, Diego. *La oficialización de la pena privada en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

25 Lo que se traduce en que la pena privada se impone y se tasa con fundamento en la justicia retributiva, mientras que el resarcimiento se fundamenta en la justicia correctiva. En ese sentido, Zipursky, Benjamin C. "Civil recourse, not corrective justice". *Georgetown Law Journal*. Washington: n.º 91, 2003, pp. 695-756.

26 Cuya denominación, fuera de la propiedad intelectual, sería indemnización por negociación hipotética.

27 Donde se le denomina *hypothetical bargain damages* o *negotiating damages*.

28 Al respecto, Baena Aramburo, Felisa. "Absorción de ganancias e indemnización por negociación hipotética: ¿responsabilidad sin perjuicio en materia contractual?". En: IARCE: *Responsabilidad civil y del Estado*, n.º 44. Bogotá: Tirant lo Blanc, 2021, pp. 333-360.

A. LA ABSORCIÓN DE GANANCIAS Y LA INDEMNIZACIÓN POR NEGOCIACIÓN HIPOTÉTICA, FIGURAS PRESENTES EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

En el Código Civil existen algunas normas que establecen la absorción de ganancias en casos particulares. Los artículos 1515 y 2343 obligan al beneficiario del dolo ajeno a entregar los beneficios del acto doloso. Si bien la entrega de los beneficios no se le impone al infractor del derecho, sino al que se beneficia de la infracción, la figura revela el interés legislativo en que no se consoliden los efectos de un acto ilícito.

En el Código de Comercio hay dos normas que consagran expresamente la absorción de ganancias derivadas del ilícito lucrativo. Acogiendo una nomenclatura extranjera, el código sanciona la “culpa lucrativa”²⁹ en sendas normas que regulan dos contratos comerciales: el de transporte marítimo y el de preposición³⁰. Los artículos 1609 y 1339 obligan respectivamente al transportador y al factor a entregar los beneficios derivados de su actuación ilícita.

En cuanto a la indemnización por negociación hipotética, esta puede sustentarse en el artículo 1731 del Código Civil. En él se establece la figura del débito secundario³¹ en las obligaciones de cuerpo cierto: si este perece por culpa del deudor o durante la mora, la obligación subsiste, pero cambia de objeto, pues se convierte en obligación dineraria por el precio del objeto debido³². Es razonable sostener que el acreedor le cobraría al deudor el precio del objeto a cambio de liberarlo de su obligación de entregarlo³³.

Estas figuras se aplican a casos especiales, pero revelan la intención legislativa de evitar la consolidación de los ilícitos lucrativos. No hay razones para suponer que dicha intención se limita a esos casos especiales. En todo caso, la analogía *iuris* y el *favor victimæ* imponen su aplicación con carácter general.

29 Sobre el concepto, Fournier De Crouy, Nathalie. *La faute lucrative*. París, Económica, 2018.

30 “[...] Contrato por el cual una persona encarga a otra la administración de un establecimiento de comercio, de una rama o actividad del mismo [*sic*] [...]”. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles. Contratos típicos*, 14ª ed. Bogotá: Legis, 2016.

31 Sobre el concepto de débito primario y secundario, Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

32 Cubides Camacho, Jorge. *Obligaciones*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Pontificia Universidad Javeriana, 2018.

33 Una parte de la doctrina colombiana denomina al débito secundario indemnización compensatoria de perjuicios: Cubides Camacho, *Obligaciones, op. cit.*; Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 2005; Ramírez Baquero, Édgar. “Indemnización compensatoria e indemnización moratoria de perjuicios”. En: Castro de Cifuentes, Marcela (coord.). *Derecho de las obligaciones*, t. III, 2ª ed. Bogotá: Temis-Universidad de los Andes, 2018, pp. 671-696, y Santos Ballesteros, Jorge. *Responsabilidad civil*, t. I. Bogotá: Temis-Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

B. LA GENERALIZACIÓN DE LAS FIGURAS

El ordenamiento jurídico sanciona la obtención de beneficios derivados de la comisión de ilícitos lucrativos. La sanción consiste en condenar al infractor a entregar al afectado el valor de los beneficios percibidos con el ilícito. Dicha sanción está tipificada en varias normas especiales. Su interpretación armónica permite inferir una regla general y vinculante: los beneficios derivados de los actos ilícitos deben entregarse a la víctima.

La figura que permite inferir esa regla es la analogía *iuris* (1). Por su parte, el estándar de favorabilidad de la víctima (2) puede incluso imponer la aplicación de la regla del triple cómputo con carácter general. El derecho fundamental a la igualdad (3) haría lo propio, pues no es justificable que las víctimas de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual reciban una tutela remedial más amplia que las víctimas de afectaciones a otros derechos o a simples intereses³⁴. Finalmente, la necesidad de que la función punitiva de la responsabilidad opere (4) permite defender la tesis de que, aplicando con carácter general la regla del triple cómputo, se contrarrestan las causas de su actual falta de operatividad.

1. La analogía *iuris* como dispositivo amplificador de normas especiales

La analogía *iuris* consiste en extraer un principio obligatorio con base en la existencia de normas que lo reconocen y lo aplican de forma tácita o expresa³⁵. Su aplicación se subordina a la inexistencia de una norma expresa que establezca el principio³⁶. La inexistencia se denomina laguna³⁷. El uso judicial de la analogía, en un caso concreto, implica que el operador está aplicando la ley vigente³⁸, pese a la laguna³⁹.

En el caso bajo análisis, podría pensarse que no hay laguna porque el derecho ya ha establecido las reglas de responsabilidad que se ocupan de asignarle la obligación de responder a quien perjudique a otro sin tener derecho. También podría argüirse que estamos planteando una “laguna axiológica”, es decir, “[...]la falta de

34 La distinción entre derecho e interés, en la noción de daño, es explicada con acierto por M’Causland: “[...] Pérdida o menoscabo [...] sufrido por un sujeto de derecho, resultante de la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo, esto es, de la lesión a un derecho provisto de acción o a un interés que, si bien carece de esta, no está prohibido por el orden jurídico”: M’Causland Sánchez, María Cecilia. *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

35 Sobre los contornos del concepto en Colombia: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083-95.

36 “Para que se pueda recurrir a la vía analógica se necesita la inexistencia de una fuente del derecho aplicable al caso controvertido, teniendo que utilizarse otras normas semejantes”: Suárez Franco, Roberto. *Introducción al derecho civil*. Bogotá: Temis, 2008.

37 López Castro, Yira y Calderón Villegas, Juan Jacobo. *La analogía en asuntos de derecho privado*. Bogotá: Legis, 2016.

38 Y por ser ley vigente, todos los jueces deben aplicarla frente a la concreción del mismo supuesto fáctico.

39 López Castro y Calderón Villegas, *La analogía en asuntos de derecho privado*, op. cit. En igual sentido, Corte Constitucional de Colombia: sentencias C-083-95 y C-284-15.

una norma que, según las preferencias ético-políticas del intérprete, debería estar⁴⁰ [en el ordenamiento]. Esta especie de laguna se opone teóricamente a lo que la Corte Suprema de Justicia⁴¹ denominó laguna auténtica, en la que se presenta un “verdadero” vacío normativo.

Sobre la ausencia de laguna, habría que decir que si laguna es la “inexistencia de regulación para un supuesto de hecho, que no ha sido contemplado por el ordenamiento”⁴², entonces la laguna que defendemos no se sustenta en algo hipotético que se base en nuestro querer, según nuestras preferencias y prejuicios de orden político o sociológico, puesto que resulta incontestable que el ordenamiento no reguló, con carácter general, la hipótesis de los daños que resultan lucrativos para su autor. Eso es un hecho, un dato constatable, y no una opinión.

Ahora bien, esa falta de regulación podría refutarse con el argumento de que no todo silencio del legislador configura un vacío, como lo afirmó la Corte Suprema Justicia⁴³. Según ella, el criterio que permite discernir el vacío o laguna del silencio intencional es la prueba de la regulación de casos específicos⁴⁴: si el legislador reguló, por ejemplo, las consecuencias de los ilícitos lucrativos del factor en el contrato de preposición y del transportador en el transporte marítimo, es razonable entender que, para los ilícitos lucrativos que se cometan fuera de esos ámbitos, no hay un vacío sino un silencio intencional del legislador mercantil⁴⁵.

Ese entendimiento es discutible. En el caso concreto que estamos analizando, no puede afirmarse que cuando los codificadores establecieron las reglas citadas (ilícitos lucrativos del factor y del transportador marítimo) lo hayan hecho con la intención de guardar silencio sobre su aplicación a otros ilícitos lucrativos. La analogía se sustenta en la premisa de que donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición, y esa premisa, a su vez, es el efecto lógico del derecho a la igualdad.

40 Guastini, Ricardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2014.

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de diciembre de 2008, rad. 41298 3103 001 2002 00015 01.

42 Real Academia Española [RAE]. “Laguna normativa”. En: *Diccionario panhispánico del español jurídico* [en línea] [consulta: 27 de febrero de 2024].

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de diciembre de 2008, *op. cit.*: “La puerta de acceso a la utilización de la analogía es la existencia de una verdadera laguna o vacío normativo, requisito que debe diferenciarse del silencio intencional que en la regulación de una determinada manera hubiere [*sic*] guardado el legislador”.

44 López Castro y Calderón Villegas, *La analogía en asuntos de derecho privado*, *op. cit.*, p. 28.

45 Ocurriría lo mismo en la discusión sobre la consensualidad o solemnidad del contrato de promesa mercantil: el único artículo de la teoría general del contrato que la regula, en el Código de Comercio, es el 861, que se limita a decir que la promesa genera obligación de hacer, y no regula su forma de perfeccionamiento. El artículo 119 *Ibid.* sí se ocupa de la forma de perfeccionamiento, estableciendo que la promesa de sociedad es solemne. Según el criterio jurisprudencial que permite discernir la laguna del silencio intencional, la promesa mercantil es consensual porque, cuando el legislador quiso que no lo fuera, lo manifestó de forma expresa, en la regulación de la promesa de contrato de sociedad.

Las normas jurídicas no surgen por generación espontánea. Son el resultado de un proceso analítico, propio del legislador, que pretende mandar, permitir, prohibir o castigar⁴⁶ hechos determinados, con base en razones de corte socio-lógico, económico o político, que justifiquen el mandamiento, la permisón, la prohibición o el castigo.

Eso significa que sancionar a quien se lucre con la infracción de derechos ajenos es una necesidad y un propósito del legislador. Y, si ello es así, entonces no puede entenderse que solo quiere hacerlo cuando el lucro se produzca durante la ejecución de los contratos referidos: si el legislador repudia el lucro derivado de la infracción de los derechos ajenos, debe repudiarlo siempre que alguien lo recabe de esa forma, y no solo cuando esté de por medio un contrato de preposición o de transporte.

La lógica impone el entendimiento de que tales contratos son simples ejemplos, paradigmáticos quizás, de negocios que con relativa frecuencia se utilizan para percibir ganancias ilícitas. No debe entenderse, en cambio, que dichos contratos configuran un listado en clave de *numerus clausus*, que limite la necesidad de imponer la sanción, reduciéndola a esos tipos negociales.

Si se entendiera tal limitación, habría que entender que el legislador vulneró conscientemente el derecho a la igualdad de todos aquellos que sufran infracciones a sus derechos por fuera del ámbito de los contratos de preposición y de transporte marítimo, y tal entendimiento sería irracional, absurdo y, desde luego, inconstitucional.

Otra crítica que podrían dirigirnos frente a nuestra propuesta de aplicar analógicamente los dos casos contractuales sobre absorción de ganancias sería que la analogía no procede respecto de normas que fijan sanciones. Al respecto, debemos decir que dicha restricción existe, y está justificada, en el derecho penal, pues en ese ámbito la pena más común es la privación de la libertad, lo que justifica la exigencia de un texto expreso que imponga la pena frente al delito, sin que proceda su imposición por analogía⁴⁷. Ese código le permite al ciudadano conocer de antemano los supuestos fácticos que pueden socavar legítimamente uno de sus derechos fundamentales más relevantes.

En el derecho de daños los intereses son netamente patrimoniales. Los remedios más comunes son económicos⁴⁸. Por lo tanto, la restricción de aplicar analógicamente

46 Términos expresados en el artículo 4 del Código Civil, a cuyo tenor el carácter general de la ley es “mandar, permitir, prohibir o castigar”.

47 Tanto es así que la analogía, en derecho penal, se permite cuando favorece al reo. En ese sentido, Montiel, Juan Pablo. *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes-Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

48 La excepción sería la reparación en naturaleza, que se realiza con el pago de obligaciones no dinerarias. Sobre el concepto de reparación en naturaleza, García Vásquez, Diego. “La noción de reparación en naturaleza en el sistema continental de matriz francesa”. *Anuario de Derecho Privado*, n.º 3, Universidad de los Andes, 2021, pp. 41-72; Solarte Rodríguez, Arturo. “La reparación *in natura* del daño”. *Revista Universitas*, v. 54, n.º 109, 2005, pp. 206-209, y Tapia Gutiérrez, Paloma. *La reparación del daño en forma específica*. Madrid: Dykinson, 2013.

las sanciones, propia del derecho penal, y su trasplante al derecho privado de daños, carece de justificación y desnaturaliza el fin protector de la víctima que, *contrario sensu*, sí cuenta con respaldo constitucional en el ámbito de la responsabilidad por daños.

En otros términos: el derecho penal le concede garantías al reo, en aras de salvaguardar su derecho a la libertad, el cual solo puede verse limitado si el sujeto activo realiza exactamente la descripción típica del delito que se le imputa, con lo cual se abre paso la imposición de la pena. Para alcanzar ese objetivo es indispensable que la descripción típica y la pena sean exactas, lo que impide aplicar la analogía, pues esta se basa en “casos similares” al que presenta la laguna.

En responsabilidad civil las garantías se le conceden a la víctima. Se procura su resarcimiento y la duda se resuelve a su favor. Además, dado que no está en juego el derecho fundamental a la libertad, sino tan solo intereses patrimoniales del afectado⁴⁹, resulta plausible la aplicación de sanciones igualmente patrimoniales al responsable, en favor del resarcimiento de la víctima y de facilitarle su actividad probatoria.

2. El estándar de favorabilidad de la víctima

El estándar de favorabilidad de la víctima, conocido doctrinalmente como principio *pro damnato* o *favor victima*⁵⁰, favorece la aplicación tanto de la absorción de ganancias como de la indemnización por negociación hipotética. El estándar consiste en preferir la interpretación que favorezca al perjudicado entre todas las que resulten válidas⁵¹. Ello ocurre, por ejemplo, cuando en el caso concreto se presentan dudas sobre el carácter subjetivo u objetivo del régimen, sobre la carga probatoria de algún elemento de la responsabilidad o sobre la cuantía y las formas de la reparación⁵². La jurisprudencia colombiana ha reconocido y aplicado este principio⁵³, y la doctrina parece inclinarse por su existencia⁵⁴.

49 Incluso si el daño es inmaterial, el resarcimiento opera con dinero.

50 Contra la existencia y legalidad de este principio, Mantilla Espinosa, *Tendencias tendenciosas*, *op. cit.*, pp. 81-120.

51 No se trata de un principio general del derecho, porque “[...] su función básica no está en colmar las lagunas normativas, sino en que se pueda escoger el estatuto o la regulación más favorable a la víctima entre dos alternativas posibles, además de lo cual se trata de un principio que “informa el ordenamiento jurídico” pues brinda un parámetro sobre el sentido que deben tener las leyes especiales [...]”: Solarte Rodríguez, “El principio *favor victima* y su aplicación en el derecho colombiano”, *op. cit.*, p. 276. En contra, Llamas Pombo, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

52 El fundamento del principio es la salvaguarda de los intereses de la parte débil de la relación jurídica. Al respecto, Llamas Pombo, *Reflexiones sobre derecho de daños*, *op. cit.*

53 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: Sentencia del 15 de abril de 2009, radicación 08001 3103 005 1995 10351 01 y Sentencia del 6 de diciembre de 2011, radicación 11001 3103 043 2003 00113 01. En responsabilidad estatal, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de mayo de 2017, expediente 40464.

54 Solarte Rodríguez, *op. cit.*, y Llamas Pombo, *Reflexiones sobre derecho de daños*,

Frente al estándar de favorabilidad de la víctima se han levantado varias críticas: que no es un principio⁵⁵, que no tiene linaje romano⁵⁶ y que la ley define de antemano las hipótesis excepcionales bajo las cuales el costo de un perjuicio debe trasladarse del patrimonio de la víctima al del victimario⁵⁷.

El argumento de que la favorabilidad de la víctima no es un principio nos parece razonable, pero no implica la inexistencia de la favorabilidad. Tan solo implica que esa no es su naturaleza jurídica. Los principios generales son “[...] pautas implícitas de interpretación e integración [...], extraídas del resto de normas expresas que componen el resto del sistema jurídico”⁵⁸. La favorabilidad no se ha originado en las normas positivas⁵⁹, sino en el desarrollo histórico de la responsabilidad, y en la aplicación que de tal evolución han implementado la jurisprudencia y la doctrina⁶⁰.

Compartimos las palabras de Mantilla Espinosa⁶¹ cuando afirma que el *favor victima* es un “estándar o regla de segundo nivel”, y que en esa medida está dirigido a los funcionarios encargados de aplicar las normas de primer nivel, que son las únicas dirigidas a los ciudadanos. De manera que las “normas de primer nivel” son las reglas de responsabilidad aplicables al caso, y su aplicación se rige por el estándar o regla de segundo nivel denominado *favor victima*, que solo es aplicable por el juez.

Tratándose del *favor victima*, el estándar consiste en que el juez aplique la interpretación que más favorezca a la víctima si hay varias interpretaciones jurídicamente aplicables al caso concreto. La duda se concreta en la escogencia de la mejor alternativa que el derecho ofrezca para resolver el caso particular, y todas las alternativas disponibles son preestablecidas, es decir, existen antes de que se concreten los hechos del caso específico.

Así las cosas, con independencia de que no estemos frente a un principio general del derecho, sí parece claro que el juez, al resolver los pleitos de responsabilidad, queda ligado por un parámetro de aplicación del derecho, cada vez que las circunstancias fácticas de tales pleitos le planteen soluciones disímiles a partir de la normativa vigente: él tiene que privilegiar la interpretación más favorable a la víctima.

Por lo demás, el ligamen con ese parámetro se sustenta en criterios ausentes de las codificaciones decimonónicas, pero gozan de arraigo y carta de ciudadanía en los

op. cit.; con matices, Ordoqui Castilla, Gustavo. “Las funciones del derecho de daños de cara al siglo XXI”. En: *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. IV, v. 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2012, p. 5; en contra, Mantilla Espinosa, *Tendencias tendenciosas, op. cit.*, pp. 81-120.

55 Mantilla Espinosa, *Tendencias tendenciosas, op. cit.*, pp. 102 y ss.

56 *Ibid.*, pp. 83-89.

57 *Ibid.*, pp. 107-109.

58 Tamayo Jaramillo, Javier. *La decisión judicial*. Medellín: Diké, 2011.

59 Si ellas la consagraran, no tendría lugar la discusión que estamos planteando ni sería pertinente el esfuerzo argumentativo conducente a debatir su presencia ni su ausencia.

60 La favorabilidad tampoco desempeña una función integradora del derecho, la cual es propia de los principios generales: al respecto: Corte Constitucional. Sentencia C-083-95.

61 Mantilla Espinosa, *Tendencias tendenciosas, op. cit.*, p. 105.

sistemas jurídicos contemporáneos, a partir del fenómeno denominado constitucionalización del derecho privado⁶². Este fenómeno ha conducido, entre otras cosas, al reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la reparación integral⁶³.

No puede, entonces, afirmarse que el estándar de favorabilidad de la víctima no exista porque el Código Civil del siglo XIX no lo estableció, y tampoco se puede banalizar su defensa doctrinal, con el argumento de que tal defensa se sustenta en tendencias políticas o en sesgos ideológicos de sus precursores.

Sobre su falta de linaje romano, habría que decir que, en efecto, la figura no tiene ese linaje. Y no lo tiene porque esta figura surgió por la evolución que la responsabilidad ha experimentado desde el siglo XIX. La estructura de la responsabilidad en los códigos decimonónicos se sustenta en la doctrina liberal del *laissez faire, laissez passer*⁶⁴, lo que justifica su tendencia subjetivista en materia de atribución de la responsabilidad⁶⁵, así como el rol preponderante del responsable en el juicio de responsabilidad⁶⁶.

Desde el último quinquenio del siglo XIX, ese fundamento de la responsabilidad empezó a relegarse⁶⁷, debido al replanteamiento de la política y de la economía universal: estas pasaron de darle prelación al Estado gendarme, que simplemente vigila el ejercicio legal de las libertades individuales, a dárselo al denominado Estado de bienestar⁶⁸, que le imprimió el criterio de solidaridad a la responsabilidad⁶⁹, lo que se traduce en darle preponderancia a la víctima y a su derecho a la reparación⁷⁰.

Paralelamente con las transformaciones políticas y económicas, sobrevino el desarrollo tecnológico que trajo la Revolución Industrial. Ese desarrollo incrementó el número de accidentes y de víctimas, lo que volcó la mirada de los jueces hacia la salvaguarda de los intereses de las víctimas, dejando al margen los juicios de

62 Sobre el fenómeno, Calderón Villegas, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, 3ª ed. Bogotá: Temis-Universidad de los Andes, 2017.

63 Vargas Tinoco, Alexander. “Los borrosos contornos del núcleo esencial del derecho fundamental a la reparación en Colombia. Reflexiones en torno a su especificación”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 45, 2023, pp. 173-206.

64 Reglero Campos, Luis Fernando. “Los sistemas de responsabilidad civil”. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*, vol. 1, 5ª ed. Cizur Menor (Navarra, España): Thomson Reuters Aranzadi, p. 270.

65 Viney, Geneviève. *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*. París: LGDJ, 2008.

66 Cadiet, Loïc. “Sur les faits et les méfaits de l’idéologie de la réparation”. En: *Mélanges offerts à Pierre Drai*. París : Dalloz, 2000.

67 Bacache-Gibeili, Mireille. *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. V, 4ª ed. París: Económica, 2021.

68 “En pleno proceso de transformación del Estado policial en Estado de bienestar (*Welfare State*), el individuo miraba cada vez con mayor recelo a quienes invitaban a la resignación y a ver la mano de Dios detrás de cada desgracia, y comenzaba a preocuparse más por buscar medios idóneos para obtener la reparación de los daños que a lamentarse por su mala fortuna”: Reglero Campos, “Los sistemas de responsabilidad civil”, *op. cit.*, p. 273.

69 Cortés Moncayo, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

70 Viney, *Traité de droit civil, op. cit.*, p. 77.

conducta sobre los responsables y su conducta⁷¹. Ese es el origen de la responsabilidad sin culpa y del auge paralelo del seguro de responsabilidad civil⁷².

Finalmente, habría que decir que, aunque Colombia esté adscrita al sistema romano-germánico, ello no significa que todas las instituciones jurídicas del derecho colombiano moderno deban hallar su germen en el derecho romano⁷³. Y la responsabilidad civil es un ejemplo paradigmático de ello, pues el antecedente romano de la responsabilidad es la *Lex Aquilia*, la cual no establecía un sistema indemnizatorio, sino un sistema de delitos privados y penas privadas⁷⁴, en el que el concepto moderno de reparación integral simplemente no existía⁷⁵.

Sobre la definición legal de hipótesis excepcionales de responsabilidad, habría que decir que el argumento es contraevidente. La ley colombiana siguió el sistema de cláusula general de responsabilidad⁷⁶. Esto implica que, cada vez que se reúnan sus elementos estructurales, ella debe declararse, sin que proceda la realización de un juicio de tipicidad a la manera del derecho penal o de los sistemas de relatividad aquiliana⁷⁷, en los que el legislador individualiza de forma especial y excepcional los intereses por cuya vulneración nace la responsabilidad⁷⁸.

Por lo tanto, es falso que la irresponsabilidad sea la regla general: ella resulta siempre que se demuestre la ausencia de alguno de sus elementos estructurales, así como la responsabilidad resulta siempre que se demuestre la concurrencia de esos elementos. Y la ley establece tanto los hechos que originan la responsabilidad como los que la descartan, de manera que la tesis sobre una regla general de irresponsabilidad es falaz, pues cae en un sesgo de confirmación⁷⁹ insalvable.

71 Bacache-Gibeili, *Les obligations, op. cit.*, pp. 8-13.

72 *Ibid.*

73 Por ejemplo, la resolución del contrato por incumplimiento tiene su origen en el derecho canónico: Dell'Aquila, Enrico. *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1981, y Salcedo Segura, Jorge. *Teoría general del derecho civil*, t. I. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006.

74 Refiriéndose a la obligación del autor de un delito civil en el derecho romano, Ramírez Baquero la califica como una "pena pecuniaria, que ya en el medio clásico estaba muy claro que tenía como función céntrica castigar o afligir al agresor, que no de resarcirlo [...]": Ramírez Baquero, Edgar. *El derecho romano de las obligaciones y los contratos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

75 La responsabilidad, como medio que procura la indemnidad de las víctimas, tiene su origen en las obras del derecho natural, con Grocio y Pufendorf a la cabeza, y su primera consagración legal se halla en el Código de Napoleón de 1804. En ese sentido, Descamps, Olivier. *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code Civil de 1804*. París: LGDJ, 2005.

76 La cláusula está contenida en el artículo 2341 del Código Civil.

77 Sobre la relatividad aquiliana, Lacroix, Marive. "La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile — analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois—". *McGill Law Journal*, v. 59, n.º 2, 2013, pp. 425-474.

78 Es el caso del sistema alemán de responsabilidad y de todos los sistemas del derecho anglosajón. Sobre su posible implementación en el sistema romano-germánico, Dugué, Marie. *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*. París: LGDJ, 2019, y Borghetti, Jean-Sébastien. "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle". En: *Études offertes à Geneviève Viney*. París: LGDJ, 2008, pp. 145-171.

79 El sesgo de confirmación es una falacia argumentativa consistente en tener en cuenta solamente los argumentos que sirven para confirmar una tesis y en ignorar conscientemente los

Ahora bien, si se aceptara, en gracia de discusión, la afirmación de que las hipótesis de responsabilidad son excepcionales, ello no lograría impugnar con éxito la existencia del principio de favorabilidad de la víctima, pues este se aplica cuando ya se ha concretado la hipótesis de responsabilidad legalmente establecida. Ese principio no sirve para determinar la procedencia o improcedencia de la responsabilidad, sino para fijar sus efectos en caso de pugna entre varias interpretaciones válidas.

3. *El derecho fundamental a la igualdad*

El derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de nuestra Constitución Política, establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley. En este sentido, todos los individuos deben recibir un mismo trato y protección por parte de las autoridades. La Corte Constitucional se ha encargado de determinar y analizar a través de múltiples fallos⁸⁰, los elementos básicos que estructuran el derecho a la igualdad⁸¹ y cómo se ve menoscabado este derecho fundamental.

Sin embargo, es el legislador quien debe propender por la realización de la igualdad real y efectiva⁸² para todas las personas, a través de las leyes que promulgue⁸³. En la práctica, lo que encontramos es que las leyes pueden resultar insuficientes para garantizar este derecho, en la medida en que contemplan privilegios injustificados a favor de determinados sujetos. Quienes se ven excluidos arbitrariamente en realidad no reclaman un derecho a la igualdad⁸⁴ sino el derecho a no ser discriminados⁸⁵.

que la refutan. Sobre el sesgo de confirmación, Dobeilli, Rolf. *El arte de pensar. 52 errores de lógica que es mejor que cometan otros*, Nuria Villagrasa (trad.). Barcelona: Ediciones B, 2014.

80 Corte Constitucional de Colombia: sentencias SU-213-23, SU-214-16, C-239-14 y T-432-92. La Corte también ha abordado casos en los que se justifica un trato diferenciado ante la ley, sin que se configure una vulneración al derecho a la igualdad: Corte Constitucional de Colombia: sentencias C-690-08 y C-142-20.

81 Sobre los elementos básicos que la Corte Constitucional ha considerado estructuran el derecho a la igualdad, Ramírez, Javier. “Violaciones al derecho de igualdad en la ley colombiana. Análisis jurisprudencial”. *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, n.º 18, septiembre de 2002, p. 59. Estos elementos se derivan del texto del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

82 La Corte Constitucional abordó el concepto de igualdad real y efectiva: “La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad”: Corte Constitucional. Sentencia T-432-92.

83 Ramírez, *Violaciones al derecho de igualdad en la ley colombiana, op. cit.*, p. 60: “[C]uando estamos hablando de igualdad frente a la ley, lo que se debe entender es que al legislador no le está prohibido elegir los destinatarios de la ley, sino emplear criterios arbitrarios a la hora de legislar”.

84 Aristóteles equiparó la noción clásica de la justicia con la de igualdad: “Por ejemplo, parece que la justicia es igualdad, y lo es, pero no para todos, sino para los iguales. Y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales. Tratar de la misma manera a lo igual y de diversa manera a lo desigual”: Aristóteles. *Política*, III (traducción y notas de García Valdés, Manuela). Madrid, España: Gredos, 1988. El concepto de igualdad aristotélica se ve reflejado en fallos de la Corte Constitucional de Colombia: sentencias SU-214-16 y T-432-92: “El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales”; Corte Constitucional. Sentencia C-895-99.

85 A esto se le denomina *perfil negativo del derecho a la igualdad*. Definición de la Corte Constitucional, tomada de Ramírez, *Violaciones al derecho de igualdad en la ley colombiana, op. cit.*, p. 60.

Algunos autores plantean una diferencia entre el derecho a la igualdad frente a la ley y frente a la justicia. En consecuencia, se entiende que este precepto exige tanto del legislador, como del operador de justicia, la obligación de tratar de la misma manera a los iguales y de diversa manera a los desiguales⁸⁶. Entonces, cuando se trata de la igualdad en la aplicación de la ley, se debe identificar qué es lo igual y lo desigual y posteriormente comparar los iguales con los desiguales⁸⁷, mediante un ejercicio de valoración⁸⁸.

Este ejercicio es necesario para identificar de manera objetiva cuáles son los elementos que nos llevan a pensar que estamos ante un escenario de desigualdad de trato ante la ley. Otro factor relevante consiste en determinar si la desigualdad se predica respecto de normas que otorgan derechos fundamentales, pues en estos casos pesa la jerarquía constitucional que es la que sustenta la existencia de ese derecho⁸⁹.

Dicho lo anterior, la igualdad de trato ante la ley, como concepto general concreto⁹⁰, requiere precisar si se encuentra razonablemente justificado que se dé un trato diferente a las víctimas de daños que provengan de infracciones a la propiedad intelectual. Sobre el particular concluimos que no aplicar de manera general la regla del triple cómputo, contemplada en el artículo 243 de la Decisión 486 de 2000, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley.

Las razones son claras: siguiendo el concepto de igualdad ante la ley y el criterio adoptado por la Corte Constitucional en Sentencia T-432-92, no existe un fundamento razonablemente justificado que autorice dar un trato preferencial a las víctimas de daños en materia de propiedad intelectual. Aceptar que este beneficio no pueda aplicarse a otros sujetos que sufran perjuicios en los demás ámbitos jurídicos vulnera el derecho a la igualdad.

En consecuencia, podemos afirmar que se trata de un privilegio que resulta inconstitucional, pues no hay argumentos que sustenten por qué debe existir una

86 Díaz García, Iván. "Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias". *Revista Ius et Praxis*, año 18, n.º 2, 2012, p. 9.

87 Iván Díaz plantea, respecto de la igualdad en la aplicación de la ley, dos dimensiones: i) igualdad procesal para las partes y ii) igualdad en los casos diversos. Díaz García, "Igualdad en la aplicación de la ley...", *op. cit.*, pp. 45-46.

88 Sobre la metodología empleada por la Corte Constitucional para la valoración o juicio integrado de igualdad y su aplicación, se pueden consultar las sentencias C-345-19 y C-142-20.

89 "Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho": Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Garzón Valdés, Ernesto). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

90 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-432-92, *op. cit.*: "Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad".

tutela remedial más amplia para las víctimas de este régimen respecto de otros. En otras palabras, no existen argumentos válidos para justificar por qué se regula de manera desigual y privilegiada al régimen de propiedad intelectual, favoreciendo a los receptores de esta normatividad, dando un tratamiento discriminatorio e injustificado a los destinatarios de los demás regímenes del derecho.

4. *La necesidad de que la función punitiva de la responsabilidad opere*

La responsabilidad civil no tiene definición legal. El título XXXIV del libro cuarto del Código Civil se titula “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”, y en él no se encuentran artículos que definan o desarrollen el concepto⁹¹. Frente a tal ausencia, el concepto se ha inferido doctrinalmente a partir de los supuestos de hecho establecidos en las normas que conforman ese título. Estos supuestos corresponden a los elementos estructurales de la responsabilidad⁹².

Siguiendo esa metodología, la responsabilidad civil ha sido casi⁹³ uniformemente definida como la obligación de reparar los perjuicios antijurídicos que una persona le cause a otra⁹⁴. Nos parece, sin embargo, que el concepto de responsabilidad es más amplio que el tradicional, que la concibe como obligación resarcitoria.

En efecto, si la ley no define el concepto, las normas sobre interpretación de la ley y del derecho obligan a darle un entendimiento distinto. El artículo 28 del Código Civil establece lo siguiente: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

A partir de este fragmento, se pueden concluir dos cosas: en primer lugar, que la ley usa la palabra responsabilidad sin definirla. En segundo lugar, que ante la falta de definición legal, debe acudirse a su sentido natural y obvio. Ese sentido lo proporciona la autoridad lingüística del español, en la cuarta acepción que trae el *Diccionario de la lengua española* sobre el término responsabilidad: “Capacidad

91 Incluso la norma fundamental sobre responsabilidad, el artículo 2341 del Código Civil, establece que “[e]l que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización [...]”, sin usar siquiera el término responsabilidad.

92 “Ninguna disposición de este título define, de manera explícita, la responsabilidad extracontractual; sin embargo, el concepto puede deducirse de la revisión de los supuestos de hecho de aquellas que prevén como efecto jurídico la obligación de reparar”: M’Causland Sánchez, *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*

93 Existen posturas diferentes, como la de Tomás Restrepo Rodríguez: “[...] Desde una óptica teleológica, la responsabilidad civil es la medida destinada a mantener a la víctima en una situación de indemnidad, ya sea evitando, paralizando o compensando el daño”: Restrepo Rodríguez, Tomás. “El remedio preventivo en la responsabilidad civil”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 14, 2008, pp. 219-238.

94 Con diferencias de matiz, esa es la definición que se observa en varios autores locales: M’Causland Sánchez, *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, p. 338; Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I. Bogotá: Legis, 2007; Velásquez Posada, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*, 2ª ed. Bogotá: Temis, 2013, y Giraldo Gómez, Luis Felipe. *La responsabilidad civil extracontractual. Noción, función y elementos*. Bogotá: Tirant lo Blanch-Editorial de la Universidad Icesi, 2023.

existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”⁹⁵. Dicha acepción es la que el diccionario considera aplicable al derecho, lo que se infiere de la abreviatura “Der”, que precede solamente a la cuarta acepción⁹⁶.

Nos parece razonable entender que la responsabilidad es la obligación de responder por los daños y perjuicios causados a otro. Ello envuelve no solo la obligación resarcitoria, sino también las consecuencias civiles de carácter punitivo que esos daños y perjuicios engendren para su autor. No se trata de una toma de posición sobre la discusión respecto de las funciones de la responsabilidad⁹⁷, pues dicha discusión es estéril si se analiza la historia de la responsabilidad con base en la norma fundamental que la regula, es decir, el Código Civil.

En efecto, este código consagra un sistema preponderantemente subjetivo, en el que la culpa sobresale como factor de atribución de responsabilidad⁹⁸. Por lo tanto, si la regla general consiste en atribuir la responsabilidad a los victimarios que perjudiquen culposamente, resulta razonable entender que la obligación de responder tiene coloración punitiva, pues ella se impone con base en el juicio de reproche que el juez le dirige al responsable. Ello se traduce en que la responsabilidad tiene una función punitiva que disuade la comisión de actos nocivos, con lo cual también desempeña indirectamente una función preventiva.

Sin embargo, la obligación resarcitoria no cumple ese objetivo de punición-prevenición del responsable. Y no lo cumple al menos por tres razones: en primer lugar, porque dicha obligación es susceptible de trasladarse a un asegurador⁹⁹. En segundo lugar, porque su monto es predecible por medio de las herramientas que proporciona el análisis económico del derecho¹⁰⁰. En tercer lugar, por la tendencia

95 Real Academia Española [RAE]. “Responsabilidad”. En: *Diccionario de la lengua española* [en línea], actualización 2023 [consulta: 27 de febrero de 2024].

96 La transparencia académica nos obliga a indicar que la segunda acepción de ese mismo término se define así: “Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”: RAE, “Responsabilidad”, *Diccionario de la lengua española*, *op. cit.* Dicha acepción no está formulada como término jurídico en la obra citada.

97 Sobre la discusión, Carval, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. París: LGDJ, 1995, y Thibierge, Catherine. “Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?)”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 3, 1999, pp. 561-584.

98 El artículo 2354 es el único que descarta elementos subjetivos en la formulación del supuesto fáctico. Ello es menos claro en el 2355, pues se usa de forma expresa la palabra culpa, pero algunos autores ven razonadamente en su texto un régimen objetivo: Sánchez Hernández, Luis Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual sin culpa. La tutela de la seguridad de los transeúntes en el derecho romano y la moderna responsabilidad por actividades peligrosas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

99 Dicha posibilidad, en Colombia, se encuentra regulada en los artículos 1127 a 1133 del Código de Comercio. Sobre su desarrollo doctrinal, Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad*, 2ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario-Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

100 Fabra Zamora, Jorge. “Estudio Introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”. En: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds). *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 26.

creciente y sostenida a objetivar la responsabilidad con la inserción de regímenes basados en el riesgo permitido¹⁰¹.

Está claro que la discusión sobre la eficacia preventiva de la punición civil es distinta de la discusión sobre la existencia de una función punitiva. Para nosotros, la segunda discusión es estéril porque la historia y las normas del Código Civil indican que la punición es una función de la responsabilidad¹⁰². Y la realidad contemporánea indica que dicha función es ineficaz por las razones expuestas en el párrafo anterior.

En cambio, la discusión sobre la eficacia de la punición civil sí es relevante. Ella nos sitúa, como doctrinantes, en la posibilidad de formular mecanismos que coadyuven la eficacia de aquella función, que hoy existe solo teóricamente y gracias a la historia. Y tenemos la convicción de que la aplicación de la regla del triple cómputo, con carácter general, puede redundar en que esa función vuelva a ser eficaz¹⁰³, al menos parcialmente.

La tesis es simple: si el potencial victimario sabe de antemano que perderá las ganancias derivadas de infringir el derecho ajeno, es bastante probable que se abstenga de infringirlo. Si, además, sabe que tendrá que pagarle a su titular el precio de uso del derecho, el infractor no tendría ningún incentivo para transgredirlo. Y si a ello se le suma la indemnización integral de perjuicios, la responsabilidad sería un expediente decisivamente eficaz para contener la intención dañosa de los dañadores potenciales y de los victimarios potencialmente reincidentes.

Hay que agregar que la partida correspondiente a la absorción de ganancias y la condena al pago de la indemnización por negociación hipotética son inasegurables por medio de seguros de responsabilidad civil. Estos amparan exclusivamente los perjuicios que el asegurado cause¹⁰⁴. Ni las ganancias que este deba reembolsar ni el pago de la indemnización por negociación hipotética son perjuicios indemnizables, sino penas privadas que se le imponen por la comisión de conductas culposas o dolosas¹⁰⁵. La inasegurabilidad profundiza la disuasión que propicia la punición, pues el infractor potencial sabe que los costos del reembolso de las ganancias y el pago de la indemnización hipotética no pueden tercerizarse.

101 “A menos que pudiera sustentarse la idea improbable de que la posibilidad de que se declare la responsabilidad extracontractual llega a desestimular conductas legítimas y, por lo general, útiles para la sociedad, lo que, en todo caso, no parece un fin deseable”: M’Causland Sánchez, *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 346.

102 Ello se deduce de que el factor de atribución prevalente es la culpa. Ello significa que la imputación de la responsabilidad se fundamenta en un juicio de reproche por los errores de conducta del responsable, lo que introduce un trasfondo punitivo de la consecuencia jurídica aplicable.

103 Eficacia que se mide en términos de disuasión general y especial de los ilícitos lucrativos.

104 Código de Comercio. Decreto 410 de 1971, Presidencia de la República. 16 de junio de 1971 (Colombia), Art. 1127.

105 Que no necesariamente causan perjuicios, aunque siempre generan daños.

Desde luego que no disponemos de bases probatorias que nos permitan comprobar objetivamente que la implementación general de la regla del triple cómputo sea tan eficaz como pensamos, en términos de punición y prevención del daño. Para ello habría que aplicar la propuesta y pasarla por el tamiz del análisis cuantitativo, propio de la sociología del derecho. No obstante, los indicios, basados por ahora en las reglas de la experiencia, permiten creer en la eficacia que traería la aplicación de nuestra postura, y es indudable que solo su aplicación podría confirmar o descartar su eficacia.

CONCLUSIONES

De los tres factores relevantes que conforman el sistema del triple cómputo del daño, perjuicios, absorción de ganancias e indemnización por negociación hipotética, el primero ya tiene aplicación bajo el régimen común de responsabilidad. Nuestro análisis se enfocó en los dos restantes, y la conclusión es que su generalización resulta viable *de lege lata*.

A la conclusión se llega por cuatro caminos distintos.

El primero es la aplicación analógica de las normas especiales que reconocen los dos factores en situaciones jurídicas especiales, sin que la naturaleza punitiva de tales factores logre impedir su aplicación analógica.

El segundo camino radica en la existencia del estándar de favorabilidad de la víctima. Su existencia resulta de la evolución que el derecho de daños ha experimentado desde finales del siglo XIX y de la adaptación que la jurisprudencia le ha inyectado a la responsabilidad, con base en dicha evolución.

El tercer camino se sustenta en la ausencia de criterios que permitan reconocer los dos factores solamente en el ámbito de la propiedad intelectual. Al no mediar tales criterios, su aplicación limitada al ámbito de la propiedad genera la violación ilegítima del derecho a la igualdad.

Y el cuarto camino se dirige a reconfigurar la noción de responsabilidad, con miras a la optimización de la función punitiva que desde su gestación ha desempeñado. Esto bajo el entendido de que la función punitiva sirve de medio para alcanzar indirectamente la prevención de los ilícitos lucrativos.

Finalmente, habría que concluir que la implementación general de la figura analizada no necesita una reforma legal, pero dicha reforma le serviría al propósito de dilucidar las controversias dogmáticas que una propuesta como la nuestra puede generar: respecto de ella, reconocemos su carácter perfectible e inacabado.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Garzón Valdés, Ernesto). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- Aristóteles. *Política*, III (traducción y notas de García Valdés, Manuela). Madrid, España: Gredos, 1988.
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles. Contratos típicos*, 14ª ed. Bogotá: Legis, 2016.
- Bacache-Gibeili, Mireille. *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. V, 4ª ed. París: Economica, 2021.
- Baena Aramburo, Felisa. “Absorción de ganancias e indemnización por negociación hipotética: ¿responsabilidad sin perjuicio en materia contractual?”. En: IARCE: *Responsabilidad civil y del Estado*, n.º 44. Bogotá: Tirant lo Blanc, 2021.
- Borghetti, Jean-Sébastien. “Les intérêts protégés et l’étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle”. En: *Études offertes à Geneviève Viney*. París: LGDJ, 2008.
- Cadiet, Loïc. “Sur les faits et les méfaits de l’idéologie de la réparation”. En: *Mélanges offerts à Pierre Drai*. París: Dalloz, 2000.
- Calderón Villegas, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, 3ª ed. Bogotá: Temis-Universidad de los Andes, 2017.
- Carval, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. París: LGDJ, 1995.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de mayo de 2017, expediente 40464.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-432-92.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083-95.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-895-99.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-690-08.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-239-14.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-284-15.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-214-16.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-345-19.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-142-20.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-213-23.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de diciembre de 2008, radicación 41298 3103 001 2002 00015 01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de abril de 2009, radicación 08001 3103 005 1995 10351 01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de diciembre de 2011, radicación 11001 3103 043 2003 00113 01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de abril de 2019, radicación. 11001-31-03-015-2010-00268-01, exp. SC-3653-2019.
- Cortés Moncayo, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

- Cubides Camacho, Jorge. *Obligaciones*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Pontificia Universidad Javeriana, 2018.
- Dell'Aquila, Enrico. *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1981.
- Descamps, Olivier. *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code Civil de 1804*. París: LGDJ, 2005.
- Díaz García, Iván. “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”. *Revista Ius et Praxis*, año 18, n.º 2, 2012.
- Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad*, 2ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario-Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- Dobeilli, Rolf. *El arte de pensar. 52 errores de lógica que es mejor que cometan otros*, Nuria Villagrasa (trad.). Barcelona: Ediciones B, 2014.
- Dugué, Marie. *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*. París: LGDJ, 2019.
- Fabra Zamora, Jorge. “Estudio Introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”. En: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds). *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Fournier De Crouy, Nathalie. *La faute lucrative*. Paris: Económica, 2018.
- García Vásquez, Diego. “La noción de reparación en naturaleza en el sistema continental de matriz francesa”. *Anuario de Derecho Privado*, n.º 3, Universidad de los Andes, 2021.
- García Vásquez, Diego. *La oficialización de la pena privada en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Giraldo Bustamante, Carlos Julio. “La dogmática: la forma de simplificar la realidad y poder explicarla a otros”. En: Barreto Roza, Antonio y Lozano Rodríguez, Eleonora (eds.). *Metodologías de investigación jurídica: experiencias y desafíos del oficio de investigar en derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2021.
- Giraldo Gómez, Luis Felipe. *La responsabilidad civil extracontractual. Noción, función y elementos*. Bogotá: Tirant lo Blanch-Editorial de la Universidad Icesi, 2023.
- Guastini, Ricardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2014.
- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Jault, Alexis. *La notion de peine privée*. París: LGDJ, 2005.
- Lacroix, Marive. “La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile — analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois—”. *McGill Law Journal*, v. 59, n.º 2, 2013.
- Lizarazu Montoya, Rodolfo. *Manual de propiedad industrial*. Bogotá: Legis, 2014.
- Llamas Pombo, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*, 1ª ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

- Llamas Pombo, Eugenio. *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2020.
- López Castro, Yira y Calderón Villegas, Juan Jacobo. *La analogía en asuntos de derecho privado*. Bogotá: Legis, 2016.
- M'Cauley Sánchez, María Cecilia. *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Mantilla Espinosa, Fabricio. *Tendencias tendenciosas. Dos ensayos sobre responsabilidad civil*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020.
- Mendoza Ramírez, Álvaro. *Obligaciones*. Bogotá: Temis-Universidad de la Sabana, 2020.
- Metke Méndez, Ricardo. *Lecciones de propiedad industrial*, t. II. Bogotá: Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2002.
- Montiel, Juan Pablo. *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes-Grupo Editorial Ibáñez, 2014.
- Moreno Martínez, Antonio Manuel. “La evaluación de la indemnización ante la infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual”. En: Moreno Martínez, Antonio Manuel (coord.). *Problemática actual de la tutela civil en la vulneración de la propiedad industrial e intelectual*. Madrid: Dykinson, 2017.
- Ordoqui Castilla, Gustavo. “Las funciones del derecho de daños de cara al siglo XXI”. En: *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, t. IV, v. 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2012.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed. Bogotá: Temis, 2005.
- Ramírez Baquero, Édgar. “Indemnización compensatoria e indemnización moral de perjuicios”. En: Castro de Cifuentes, Marcela (coord.). *Derecho de las obligaciones*, t. III, 2ª ed. Bogotá: Temis-Universidad de los Andes, 2018.
- Ramírez Baquero, Édgar. *El derecho romano de las obligaciones y los contratos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018.
- Ramírez Sierra, Diego Fernando. “Responsabilidad civil por infracción a los derechos de propiedad intelectual: un sistema mixto de reparaciones y restituciones”. En: Ortega Díaz, Juan Francisco y Sandoval Gutiérrez, José Fernando (coords.). *Protección jurisdiccional y observancia de la propiedad industrial y de los derechos de autor*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2022, pp. 129-179.
- Ramírez, Javier. “Violaciones al derecho de igualdad en la ley colombiana. Análisis jurisprudencial”. *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, n.º 18, septiembre de 2002.
- Real Academia Española [RAE]. “Responsabilidad”. En: *Diccionario de la lengua española* [en línea], actualización 2023. Disponible en: <https://dle.rae.es/responsabilidad> [consulta: 27 de febrero de 2024].

- Real Academia Española [RAE]. “Laguna normativa”. En: *Diccionario panhispánico del español jurídico* [en línea]. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/laguna-normativa> [consulta: 27 de febrero de 2024].
- Reglero Campos, Luis Fernando. “Los sistemas de responsabilidad civil”. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*, vol. 1, 5ª ed. Cizur Menor (Navarra, España): Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- Restrepo Rodríguez, Tomás. “El remedio preventivo en la responsabilidad civil”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 14, 2008.
- Salcedo Segura, Jorge. *Teoría general del derecho civil*, t. I. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006.
- Sánchez Hernández, Luis Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual sin culpa. La tutela de la seguridad de los transeúntes en el derecho romano y la moderna responsabilidad por actividades peligrosas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Sandoval Gutiérrez, José Fernando. “Indemnización de daños causados con la infracción de derechos de propiedad industrial. Un sistema que escapa de la tradición”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, enero-junio de 2017.
- Sandoval Gutiérrez, José Fernando. “Más allá de la acción por infracción de derechos de propiedad industrial”. En: Ortega Díaz, Juan Francisco y Sandoval Gutiérrez, José Fernando (coords.). *Protección jurisdiccional y observancia de la propiedad industrial y de los derechos de autor*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2022.
- Santos Ballesteros, Jorge. *Responsabilidad civil*, t. I. Bogotá: Temis-Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- Solarte Rodríguez, Arturo. “La reparación *in natura* del daño”. *Revista Vniversitas*, v. 54, n.º 109, 2005.
- Solarte Rodríguez, Arturo. “El principio *favor victima* y su aplicación en el derecho colombiano”. *Anuario de Derecho Privado*, n.º 1, 2019, pp. 257-304.
- Suárez Franco, Roberto. *Introducción al derecho civil*. Bogotá: Temis, 2008.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *La decisión judicial*. Medellín: Diké, 2011.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I. Bogotá: Legis, 2007.
- Tapia Gutiérrez, Paloma. *La reparación del daño en forma específica*. Madrid: Dykinson, 2013.
- Thibierge, Catherine. “Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?)”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 3, 1999.
- Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia del 15 de junio de 2016, expediente 2015-170623.
- Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia del 27 de diciembre de 2018, expediente 2019-075108.

- Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia del 14 de julio de 2022, radicación 19-227835.
- Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia del 27 de diciembre de 2018, radicación 16-185373.
- Vargas Tinoco, Alexander. “Los borrosos contornos del núcleo esencial del derecho fundamental a la reparación en Colombia. Reflexiones en torno a su especificación”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 45, 2023.
- Velásquez Posada, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*, 2ª ed. Bogotá: Temis, 2013.
- Viney, Geneviève. *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 3ª ed. París: LGDJ, 2008.
- Zipursky, Benjamin C. “Civil recourse, not corrective justice”. *Georgetown Law Journal*. Washington: n.º 91, 2003.