



Observatorio de Derecho Privado

N.º 7 | Junio de 2026

→ Fernando Hinestrosa (PrivEx)

Indemnizaciones preestablecidas por infracciones a los derechos de autor en el Decreto 370 de 2026: ¿“daños punitivos” no explicitados?

Por: Alexander Vargas Tinoco^{1 2}

La reciente expedición del Decreto 370 de 2026, vigente desde el pasado 11 de abril, y por el cual se reglamenta lo relativo a “la indemnización preestablecida en procesos civiles de derecho de autor, derechos conexos, medidas tecnológicas de protección e información para la gestión de derechos”, trajo consigo importantes normas en materia de responsabilidad civil, que ameritan varios comentarios.

En este breve espacio trataré de poner de presente que la reglamentación dispuesta en el Decreto 370 de 2026 consagra novedades importantes en materia de responsabilidad civil que, funcional e implícitamente, operan de forma análoga a la figura de los “daños punitivos” (*punitive damages*) implementada en algunos países del *common law*. Sostendré, en particular, que la consideración del dolo, la mala fe y la reincidencia de la conducta lesiva en la cuantificación de las indemnizaciones preestablecidas, así como la restitución de las ganancias obtenidas por el infractor, responden de manera subrepticia o no explicitada a un propósito sancionatorio que, además, busca desincentivar las conductas lesivas del derecho.

Para tal efecto, expondré de manera breve la manera como operan las indemnizaciones preestablecidas y la constitucionalidad de ellas; luego expondré cómo en ellas se incluye la consideración del dolo y de las ganancias obtenidas y, finalmente, haré algunos comentarios en

torno a la legalidad y constitucionalidad de la nueva reglamentación.

I. El sistema de indemnizaciones preestablecidas y su admitida constitucionalidad

La indemnización preestablecida por las infracciones a los derechos de autor viene contemplada en la Ley 1915 de 2018, cuyo artículo 32 dispone que

[]La indemnización que se cause como consecuencia de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos o por las conductas descritas en la presente ley, relacionadas con las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos, podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del titular del derecho infringido (...).

La constitucionalidad de esta disposición fue resuelta mediante la sentencia C-345 del 3 de julio de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz, a raíz de la demanda presentada por un ciudadano que alegaba que la norma propiciaba la violación del principio de igualdad a favor de quienes fueren demandados por la infracción de los derechos de autor, pues se verían sometidos a dos regímenes distintos, a elección del demandante y sin suficiente justificación constitucional de dicha diferencia. Al respecto, la Corte señaló que la disposición superaba el juicio de igualdad que se debe implementar para determinar si el tratamiento normativo diferenciado estaba

¹ Docente investigador del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en el texto son del autor y no pretenden reflejar ninguna posición institucional.

² Para citar el artículo: Vargas Tinoco, Alexander. “Las indemnizaciones preestablecidas por infracciones a los derechos de

autor en el Decreto 370 de 2026: ¿“daños punitivos” no explicitados?”, en *Observatorio de Derecho Privado Fernando Hinestrosa (PrivEx)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n.º 7, junio de 2026, disponible en: <https://observatorioderechoprivado.uexternado.edu.co/>.

justificado, por varias razones vinculadas entre sí, entre las que se destacan las siguientes:

A. Corrección del déficit de protección a los derechos de autor. La Corte sostuvo que la disposición tiene como finalidad “corregir el déficit de protección que tienen los derechos de autor y conexos, los cuales tienen anclaje constitucional, al desincentivar su transgresión a través de la asignación de una consecuencia jurídica por su lesión: la obligación de indemnizar los perjuicios producidos...”³.

B. Desarrollo del principio de economía procesal. Según la Corte, la norma se encarga de “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”⁴.

C. Aligeramiento probatorio para dar efectividad a los derechos de autor. Para el alto tribunal, el artículo 32 permite “materializar los derechos de los titulares de los derechos de autor y conexos a obtener justicia y a hacer efectivo su derecho a ser reparados. Lo anterior debido a que a estas personas, en ocasiones, les resulta desproporcionado e, incluso, imposible de cumplir la carga de probar la cuantificación de los daños producidos a estos derechos”⁵.

D. Preexistencia en el ordenamiento de figuras análogas a la indemnización preestablecida, coherentes con la Constitución. La Corte señaló que en el ordenamiento existen figuras análogas como la cláusula penal, las indemnizaciones a las víctimas del conflicto armado por la vía administrativa, las indemnizaciones por pérdida de capacidad laboral en el sistema de riesgos profesionales, la indemnización *a forfait* a favor de militares y policías y las indemnizaciones por infracción a los derechos de propiedad marcaria, que se respaldan en principios tales como la economía procesal, de autonomía personal, de igualdad material, de celeridad en la protección de víctimas de daños para proteger sus derechos y de acceso a la administración de justicia. Todos ellos, constitucionalmente avalados.

E. No violación del debido proceso y posibilidades de defensa de los demandados. Para la Corte, el sistema

de indemnización preestablecida no supone la automática violación del debido proceso, pues

*la posibilidad para quienes son demandados por el sistema de indemnizaciones preestablecidas de ejercer su defensa en relación con las pretensiones de la demanda y las pruebas, de demostrar que la cuantificación del daño en realidad es menor a la preestablecida y de tener las mismas oportunidades para alegar, probar e impugnar no son desvirtuadas per se en el modelo de las indemnizaciones preestablecidas (...)*⁶

En este marco, el Decreto 370 de 2026 buscó desarrollar las indemnizaciones preestablecidas disponiendo, como principales puntos de interés, lo siguiente:

A. La facultad de elección de la pretensión indemnizatoria. El art. 2.6.1.6.1 señala como facultad del autor lesionado la elección, en la demanda respectiva, del régimen al cual se someterá la indemnización que pretende. Tal posibilidad pone en su cabeza la determinación de la manera en que pretenderá el pago de la obligación indemnizatoria, sin que el deudor pueda oponerse a la elección efectuada.

En ello, la norma se acompasa al régimen general de las obligaciones, que permite elegir al acreedor la forma de forzar la ejecución de lo debido según su interés en la prestación, aunque en este caso se da por descontado que el interés es resarcitorio y la elección solo recae sobre la manera de ser indemnizado por los perjuicios causados por la infracción previa.

B. Relevo de la carga de la prueba del perjuicio y el beneficio ilícito por la elección de la indemnización preestablecida. El citado artículo dispone que, elegida la indemnización preestablecida, “no tendrá que probar los beneficios que obtuvo el infractor con su conducta ni las consecuencias negativas sufridas”. Ello implica, no una presunción de la lesión, que expresamente debe ser constatada mediante cualquiera de los elementos de prueba que puede alegar el demandante, sino de la causación de perjuicios originados de la lesión.

De allí surge la inquietud de si este relevo de la carga probatoria implica también la imposibilidad del

³ Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

demandado de defenderse alegando la inexistencia de perjuicios, o si solamente podrá objetar una ausencia de conducta lesiva del derecho. Al respecto, diría que la ley carecería de sentido al permitir una indemnización preestablecida por perjuicios o ganancias ilícitas si, al final de cuentas, todo litigio terminará en un debate probatorio sobre la existencia y extensión de estos, razón por la cual creería que las posibilidades de defensa ante esta forma de indemnización se limitarán a atacar la lesión primaria al derecho de autor.

C. Presunción de reparación integral. Elegida la indemnización preestablecida, la norma presume *iuris et de iure* que la suma fijada por el juez se entiende como “el restablecimiento de las cosas a su estado anterior”, lo que impide adicionar o pretender indemnizaciones posteriores por la infracción de los mismos derechos. Esta “indemnización” cubriría, tanto los perjuicios causados por la infracción, como los beneficios obtenidos por el infractor, que se hacen encajar en el concepto de indemnización, a lo cual nos referiremos en la siguiente sección.

D. Tasación en infracciones de derechos de autor y conexos. El sistema de indemnización preestablecida supone el abandono de la cuantificación *in concreto* a favor de un *quantum* confinado a parámetros mínimos y máximos. La regla general impone una condena que oscila entre un mínimo de diez (10) y un máximo de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) por cada obra o prestación infringida.

El artículo dispone que para la cuantificación final de la indemnización, el juez tendrá en cuenta lo relativo “a la duración de la infracción, la cantidad de copias, los derechos infringidos, el grado de reconocimiento de la obra o prestación en el mercado al que pertenece, y el alcance geográfico de la infracción”.

Tales circunstancias, valga señalar, no son del todo objetivas en relación con la determinación de los perjuicios o ganancias obtenidas, pues variables como “los derechos infringidos” y “el grado de reconocimiento de la obra” no necesariamente se conectan con la extensión del perjuicio efectivamente causado. Por ejemplo, puede alguien haber copiado ilícitamente una obra muy famosa solo una vez y haberse lucrado muy poco con esa copia vendida.

E. La estimación de la indemnización se conecta con factores subjetivos como el dolo, la mala fe o la reincidencia. Una de las novedades más evidentes del Decreto, y también la que más comentarios creo que suscitará en el ámbito de la responsabilidad civil, tiene que ver con que el reglamento incorpora variables subjetivas, propias de las normas con finalidades retributivas, en la determinación de la cuantía de la indemnización, así:

1. **Se dispone una agravación por dolo, mala fe y/o reincidencia.** A discreción del juez, la condena puede elevarse hasta cien (100) SMLMV si se acredita el dolo, la mala fe o la reincidencia del responsable civil, superando así la referencia de 50 SMLMV que se usa como regla general, aunque sin poder excederse de 500 SMLMV (artículo 2.6.1.6.4.).
2. **Se dispone una atenuación en caso de creencia justificada sobre la licitud de la conducta.** Si el infractor prueba que tenía motivos razonables para considerar que su actividad no era infractora, la condena se reduce a un rango de uno (1) a diez (10) SMLMV, es decir, por debajo de los 10 SMLMV que se tienen como referencia inicial para las indemnizaciones como regla general.

F. Se plantea que la infracción a los derechos es independiente del conocimiento particular del infractor, aunque en la graduación de la indemnización sus motivos sí tienen una incidencia.

El párrafo del artículo 2.6.1.6.1. señala explícitamente que la reparación por concepto de beneficios y/o resarcimiento de perjuicios no depende de que el *infractor* supiera o tuviese motivos razonables para saber que estaba desarrollando una actividad infractora. En ese sentido, habrá de armonizar esta disposición con la referida antes para la atenuación de la condena, pues en su redacción parecen atender a circunstancias diferentes que, en ningún caso, eximirán de responsabilidad. En una situación, parece aplicarse la máxima según la cual la ignorancia de la ley (conducta negativa) no es excusa para su cumplimiento (responsabilidad sin conocimiento de que hay infracción), mientras que en la otra (la de atenuación) se apela a la existencia de argumentos (en positivo) sobre la licitud de la conducta propia (y, por implicación, se da por sentado que el infractor conocía de

los derechos de autor preexistentes, pero estaba convencido de obrar lícitamente).

En ambos casos, habría responsabilidad por la infracción del derecho, lo cual nos ubicaría en el plano de una culpa que se produciría con independencia de si el infractor tenía noción sobre la ilicitud de la conducta que le era exigible⁷, aunque la consecuencia indemnizatoria sí se sujetaría a las creencias personales sobre la licitud de la conducta, con lo cual se presenta una situación un tanto atípica en materia civil, pues parece haber una mixtura entre una culpa por infracción, que no es dependiente de los estados mentales o psicológicos del infractor, y una graduación de la consecuencia jurídica, que sí se hace depender de esas subjetividades.

Hasta aquí los aspectos más evidentes del Decreto en lo tocante a la responsabilidad civil por la infracción de los derechos de autor. Aunque no abordaremos detalladamente cada uno por razones de espacio, nos parece pertinente efectuar los siguientes comentarios en torno al carácter sancionatorio de las indemnizaciones preestablecidas y a la posibilidad de obtener las ganancias o beneficios percibidos por el infractor.

II. El tinte sancionatorio de las indemnizaciones preestablecidas

Visto lo anterior, quisiera detenerme en la inquietud doctrinal que surge respecto de cuán ajustado a la estructura teórica del Derecho privado es el hecho de hacer responder de manera más intensa al infractor que incurre en conductas dolosas, de mala fe y/o reincidentes.

La respuesta, al menos desde el ámbito de nuestro Derecho civil legislado, no parece ser de rechazo ante este tipo de modulación de las consecuencias jurídicas. Es decir, el Derecho privado no es ajeno a la variación de la intensidad de las consecuencias a favor del afectado y en contra de quien ha obrado *reprochablemente* en ciertos casos.

Ejemplos de lo anterior los encontramos en diferentes partes de nuestro Código Civil, como en los artículos 737 (sobre el uso doloso de materia sin conocimiento del dueño), 997 (reincidencia en el derrame de aguas en

⁷ Aramburo califica esta responsabilidad como “objetiva”, aunque se trate de una derivada de infracciones normativas. Véase Aramburo, Maximiliano. “Indemnizaciones preestablecidas: ¿*Quo vadis?*”, *Crónicas de responsabilidad civil*, n.º 3, Instituto Colombiano de

predio vecino), 1288 (sanciones por sustracción de objetos de la sucesión), 1824 (sanción por ocultamiento o distracción de cosas de la sociedad conyugal), 1600 (posibilidad de concurrencia de la cláusula penal con la indemnización ordinaria en caso de pacto expreso) y 1616 (responsabilidad del deudor doloso por perjuicios imprevisibles), solo por mencionar algunos.

Con todo, a diferencia de los ejemplos anteriores, las indemnizaciones preestablecidas reglamentadas en el Decreto apuntan a una cuestión distinta, pues relacionan la condena judicial con el objetivo de “volver las cosas al estado anterior”. Esto se lograría atendiendo a dos aspectos diferentes, que no necesariamente están relacionados: la reparación de los perjuicios y la restitución de las ganancias ilícitamente obtenidas por el infractor. Me enfocaré en lo primero en esta sección y sobre lo segundo en la siguiente.

Sobre la reparación del perjuicio derivado de la infracción hay que señalar que el principal reparo vendría de la falta de relación necesaria entre el perjuicio causado y la modalidad con la que se comete la infracción que ocasiona el perjuicio. Dicho de otro modo, podría alegarse que no necesariamente una conducta más intencional va a generar un daño de mayor intensidad y, por esa vía, se diría que se viola el principio de “reparación integral” al no haber correspondencia entre la prestación resarcitoria y el objeto de la reparación (el perjuicio). Ello evidenciaría, de contera, el carácter punitivo de lo que, se dice en el Decreto, es una indemnización, carácter que sería ajeno al citado principio de reparación integral.

Sin embargo, esta objeción podría tener contestación de diferentes maneras, unas más afines a la idea de reparación integral que otras, entendida esta como el restablecimiento del estado anterior del que gozaba la víctima (que es la manera como el Decreto parece entenderla). Las opciones de respuesta serían las siguientes:

A. Señalar que la mayor intensidad de la condena obedece a una mayor intensidad del daño extrapatrimonial. Bajo esta estrategia se diría que no hay una violación del principio de reparación integral porque el

Responsabilidad Civil y del Estado, 30 de abril de 2026, 21-25. Disponible en <https://iarce.com/wp-content/uploads/2026/05/0526-cronicas-de-responsabilidad-civil-edicion-3-iarce.pdf> (consultado el 29 de mayo de 2026).

Decreto estaría reconociendo un mayor daño de carácter no pecuniario derivado de la infracción al derecho. En ese sentido, podría generarse un perjuicio extrapatrimonial más intenso cuando la conducta fue evidentemente despectiva del derecho del demandante. Esto implicaría una relación directamente proporcional entre la modalidad de la conducta y la afectación de los intereses no pecuniarios del autor, relacionados con su sufrimiento emocional, vida de relación o, inclusive, su salud psicofísica⁸.

Esta relación entre modalidad de conducta y daño no es una que, por lo general, se evidencie en otras áreas del derecho, aunque hace recordar la posibilidad reconocida por el Consejo de Estado para que la indemnización por daño moral aumente en los casos de *graves* violaciones a los derechos humanos, donde las conductas cometidas son mucho más reprochables que las que suelen dar lugar al daño indemnizable⁹.

B. Interpretar que la obligación de indemnizar puede extenderse cuando se incluye una valoración de la conducta del infractor. Esta interpretación opta por considerar que el derecho a la reparación integral, si bien apunta a la restitución exacta (o más parecida) a un estado de cosas anterior, ese estado de cosas anterior que se debe restituir puede variar, según consideraciones sancionatorias o punitivas contra el demandado.

En ese sentido, es posible que la responsabilidad del infractor se extienda más cuando su actuar sea más reprochable.

Este sería el caso de nuestro artículo 1616 del Código Civil, que amplía la responsabilidad contractual del deudor incumplido doloso a los perjuicios imprevisibles, a cuya reparación no se ve obligado el deudor que no incurrió en dolo. En ese sentido, vale la pena recordar lo dicho por la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de dicha norma en sentencia C-1008 de 9 de diciembre de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la que afirmó:

⁸ En punto del daño a la vida de relación, podría interpretarse, por ejemplo, que esa mayor condena por conductas dolosas busca resarcir el aspecto social de la víctima, en tanto la violación del derecho repercutió en la imagen y en la manera como otros valoran sus derechos en sociedad. Al respecto, véase Hershovitz, Scott, "Tort as a Substitute for Revenge", en Oberdiek, J. ed. *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford University Press, 2014, 86-102.

6.2.3. *Esta regulación, si bien establece una limitación al derecho de indemnización de que es titular el acreedor cumplido, cuando su contraparte actúa sin dolo, no resulta caprichosa ni irrazonable, comoquiera que responde a dictados de equidad compatibles con la justicia contractual. **La equidad contractual permite que al deudor que no se ha comportado de mala fe, se le dé un trato más favorable consistente en que los perjuicios que deba soportar sean solamente aquellos previstos, o que al menos resulten previsibles, al tiempo del contrato***¹⁰. (Negritas fuera del texto).

Análogamente, se señalaría que la responsabilidad en estos casos de derecho de autor (que puede ser contractual también) se vale de una fundamentación análoga para extender, eventualmente, la responsabilidad del demandado.

En contra de esta estrategia interpretativa estaría el hecho de que el art. 1616, si bien agrava la responsabilidad del deudor doloso, lo hace respecto de perjuicios ciertos por los que debe responder (aunque hayan sido imprevisibles), es decir, por otros perjuicios que justifican el aumento del *quantum* indemnizatorio.

En ese sentido, la responsabilidad "agravada" sigue recayendo respecto del daño efectivamente causado, y no sobre la base de la modalidad de la conducta desplegada. Así, el 1616 C.C. parte de la base de una variedad ontológica entre los daños objeto de reparación cuando se actúa dolosamente (previsibles y no previsibles), variedad que no está presente en el Decreto respecto de la violación de los derechos de autor y que hace pensar que la mayor intensidad de su condena solamente responde a la modalidad de la conducta del infractor, no a la inclusión de otros daños que inicialmente no hacen parte de su obligación resarcitoria.

C. Interpretar que, eventualmente, el derecho a la reparación incluye una "dosis" de reproche, explícita o implícitamente. Una tercera estrategia interpretativa optaría por señalar que el análisis de la conducta no es

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación, 28 de agosto de 2014, exp. 32988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Véase también, Corte Constitucional, sentencia T-147 de 2020, M.P. Alejandro Linares.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1008 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

ajeno a la intensidad de la responsabilidad civil, aun cuando no haya una plena correspondencia entre el perjuicio a reparar y la obligación impuesta (premisa implícita en las estrategias A y B). En este caso, se admitiría que la responsabilidad civil no debe ser ajena a la manera en que alguien fue tratado. Bajo esta óptica, esta institución operaría como una forma de justicia que abarca, no solamente el daño material o inmaterial efectivamente causado, sino también la posibilidad de que la respuesta jurídica ante él responda a la manera como se ha tratado a la víctima con sus derechos, pues no es lo mismo dañar accidentalmente que hacerlo con pleno conocimiento o desprecio por ellos¹¹.

Esta inclusión del reproche en el principio de reparación integral puede generar la mayor resistencia entre la dogmática tradicional, aunque para la responsabilidad civil no sea del todo ajena la consideración de las formas de trato, siquiera indirectamente.

Me explico: la admisión de categorías de daño relacionadas con la violación o infracción de derechos fundamentales o convencionalmente protegidos por parte de nuestras altas cortes evidencia una preocupación creciente por la dignidad humana, que, a su turno, está estrechamente relacionada con la manera como nos tratamos unos a otros¹². En esa medida, si es cierto que la responsabilidad ya puede ocuparse de las maneras como nos tratamos (en cierta categoría de daño extrapatrimonial), ¿por qué no explicitarlo así respecto de la institución general de la responsabilidad civil y del derecho a la reparación integral como una forma de implementar justicia entre las partes?¹³

Cualquiera fuese la estrategia, hay que señalar que la inclusión del dolo, la mala fe o la reincidencia como factores que elevan la “indemnización” generan que este tipo de consecuencias jurídicas cumplan una *función*

semejante a la de los *punitive damages* en el *common law*, en tanto acogen la reprochabilidad de la conducta como factor relevante y permiten interpretar que en este régimen de responsabilidad hay también una finalidad sancionatoria y disuasoria de por medio.

Adicionalmente, se trata de una de las pocas veces que en la órbita de la responsabilidad por daños el ordenamiento impone como favorecido de esa condena (más elevada) a la propia víctima, cosa que no sucede, por ejemplo, con las sanciones impuestas contra quien perpetra actos de corrupción en desmedro del patrimonio público, como en el caso de la Ley 2195 de 2022¹⁴, sanciones que tienen como destino el Fondo de Reparación de las Víctimas de Actos de Corrupción y, por tanto, se distancian notoriamente de la figura de los daños punitivos para acercarse más a la de la multa administrativa¹⁵.

Con todo, la analogía anotada es funcional e implícita respecto de los *punitive damages*, pues no estamos propiamente ante la misma figura, en particular, porque:

- i) El análisis de la conducta en la indemnización preestablecida se refleja en un mayor monto que se reputa “indemnizatorio”, referido al daño causado, es decir, de manera solapada con la reparación (cosa que no acontece con los daños punitivos, que explícitamente castigan la conducta); y
- ii) No se tienen en cuenta los mismos factores que usualmente son relevantes en la práctica de los “daños punitivos” al momento de disuadir al demandado, tales como su riqueza, su capacidad de pago, o el cálculo que puede hacer respecto de la ganancia que espera obtener con su conducta maliciosa¹⁶. Esto es así, porque se limita la responsabilidad a un máximo de 500 SMLMV, monto que puede resultar insuficientemente disuasorio en relación con la riqueza del infractor y sus posibilidades de

¹¹ Goldberg, John y Zipursky, Benjamin. *Recognizing Wrongs*, Cambridge, Harvard University Press, 2020, 172.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre y sentencia C-233 de 2021, M.P. Diana Fajardo.

¹³ Una tesis acerca de esta posibilidad de explicitar la sanción interpersonal, aunque relacionada con ocasión de la producción de daños, se encuentra en el reciente trabajo de Martínez Alles, María Guadalupe. *Torts and Retribution: The Case for Punitive Damages*. Cambridge, Cambridge University Press, 2025.

¹⁴ Ley 2195 de 2022, artículos 60 y 61.

¹⁵ Una opinión contraria es sostenida por Sánchez Pérez, para quien esta figura comprende una implementación de los daños punitivos. Al respecto, Sánchez, Alexander. “Un estudio sobre los daños

punitivos en juicios de responsabilidad estatal y su incidencia en el derecho disciplinario en Colombia”, *Régimen jurídico de los agentes estatales, XXV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo homenaje a Juan Carlos Henao Pérez, La responsabilidad sancionatoria*, t. II, 2024, 423. Disponible en <https://iuscol.com/wp-content/uploads/2024/03/Alexander-Sanchez-Danos-punitivos-en-Col.pdf> (consultado el 28 de mayo de 2026).

¹⁶ Visscher, Louis, “Economic Analysis of Punitive Damages”, en *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Koziol, Helmut y Wilcox, Vanessa, eds.), Nueva York, SpringerWien, 2009, 219-236.

reincidencia. Así, las indemnizaciones preestablecidas incluyen el reproche, aunque no de manera exacta a la mencionada figura usada en el Derecho comparado.

III. La restitución de las ganancias como parte del contenido de la “indemnización”

De manera interesante, el Decreto relaciona las ganancias o beneficios obtenidos con la infracción, con la idea de indemnizar al autor cuyos derechos han sido lesionados. En este punto, se resalta una discusión muy poco abordada en el ámbito nacional, que es la relacionada con la restitución de las ganancias ilícitas al titular del derecho lesionado y la justificación teórica que respalda esa restitución, que aquí se debate entre dos figuras muy importantes del Derecho civil: la responsabilidad civil y el enriquecimiento sin causa. Veamos.

A. Responsabilidad civil. La idea de responder por una ganancia ilícita que un tercero genera para sí, a partir del aprovechamiento de un derecho ajeno, no es ajena a la responsabilidad civil extracontractual ni contractual.

La prueba de lo anterior está en los artículos 2343 y 1515¹⁷ del Código Civil, respectivamente. El primero de ellos tiene por efecto que *el tercero* que se ha aprovechado del dolo ajeno, aunque no haya actuado dolosamente, sea “obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho que hubiere reportado” del dolo.

Análogamente, podría decirse que, si la ley genera este efecto respecto de un tercero que no actuó dolosamente, cuánto más se aplicará el mismo efecto a quien obró con dolo. El problema de esta interpretación pasa por i) aplicar análogamente una consecuencia gravosa a quien no es mencionado por la norma como responsable del provecho obtenido (es decir, el autor doloso del daño), y ii) la dificultad en encajar el “provecho” dentro de alguno de los tipos de daño reconocidos y así predicar de él su necesario “resarcimiento”.

Tal provecho o beneficio no se trataría, claramente, de un daño emergente, porque no hay aquí una salida

patrimonial efectiva, pero tampoco se observa un lucro cesante “actual”, pues la ganancia o provecho no ha dejado de “reportarse” (1614 c.c.) en sentido estricto, toda vez que no se trata de una ganancia que el titular del derecho estuviera reportando al momento de la infracción, sino una que obtuvo el tercero de manera ilegítima y por su propia cuenta (él generó el provecho, no impidió uno para el titular).

En ese sentido, se generarían dudas de la certeza del daño bajo esta categoría (lucro cesante). Con todo, el reconocimiento de un “lucro cesante” sería, en estos casos, la salida más afín a la ortodoxia de la responsabilidad civil, aunque no la más pacífica, por las razones expuestas.

Adicionalmente, se presentaría la dificultad de identificar un daño previo al autor, a partir del cual se derive el “perjuicio” que se “debe compensar” mediante la restitución de las ganancias. Si hay un daño, este se confundiría con la conducta misma que lesiona el derecho de autor, como parece entenderlo el Decreto en su parte considerativa, donde afirma que “desde el momento que se produce la lesión a un beneficio patrimonial o extrapatrimonial no prohibido, se configura un daño”. Pero no habría daño en la medida en que este se refiera a un estado de cosas verificable fácticamente, pues la obra del autor no tiene que haberse perdido, desaparecido, fraccionado o destruido de alguna manera para que el tercero obtenga ganancias o beneficios de su explotación.

Es decir, habría un daño solo en el sentido en que hubo una lesión al derecho subjetivo sobre la obra (que se verifica con la conducta), más no porque hubiese habido un cambio o empeoramiento material o inmaterial en el objeto del derecho, en su bienestar o el estado de cosas sobre los que recae el derecho lesionado. En esa medida, las ganancias del tercero realmente no constituirán un evento digno de “reparación”, sino objeto de una restitución, que es distinto¹⁸.

Claro, podría decirse que el daño, en tanto infracción del derecho, sería la causa de la restitución de las ganancias,

segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

¹⁸ Sobre este punto, Pino-Emhart, Alberto. “La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno”, *Revista Ius et Praxis*, año 22, n.º 1, 2016, 227 – 270. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v22n1/art08.pdf> (consultado el 28 de mayo de 2026).

pero esta noción de daño será, como se dijo, meramente normativa, esto es, solamente ligada a la autoridad del sujeto para decidir sobre lo suyo, independientemente de su reflejo o efecto en un estado de cosas fáctico (como tradicionalmente se concibe el daño)¹⁹.

B. Enriquecimiento sin causa. La otra opción teórica para fundamentar la restitución sería señalar que, dejando fuera de la responsabilidad civil esta posibilidad, para lograr la restitución se tendría que acudir a la figura del enriquecimiento sin causa, que opera de manera residual ante la ausencia de una figura jurídica más específica que permita dicha reclamación²⁰.

Sin embargo, en este escenario también se presentará el problema de que no resultaría evidente la presencia de uno de los elementos clásicos del enriquecimiento sin causa, esto es, que haya un *empobrecimiento correlativo* que experimente el patrimonio del autor, pues la lesión al derecho de autor no necesariamente implicará que el haber patrimonial de este haya menguado de manera correlativa a la ganancia obtenida. En efecto, la obra puede no haber sido afectada y el autor de la obra permanecer con su patrimonio intacto, esto es, que si bien no se incrementó, tampoco disminuyó con la explotación desautorizada de su obra.

Ese “no acrecimiento” no comporta un empobrecimiento en estricto sentido, a menos que, nuevamente, se acuda a una noción meramente normativa de empobrecimiento patrimonial, que lo califique como la merma en el disfrute exclusivo del derecho, o que se diga algo así como que se trataría de un empobrecimiento “ficto”, salida que resultará un tanto forzosa.

Este problema de la ausencia del daño o de empobrecimiento correlativo (en sentido fáctico), vistos antes en los ámbitos de la responsabilidad civil y del enriquecimiento sin causa, respectivamente, generan que sea la lesión al derecho (el daño en su sentido normativo) el factor que cobre relevancia, en sí mismo, como argumento jurídico para forzar la restitución de las ganancias, por una vía o por la otra. De lo contrario, es decir, de no atender al daño en ese sentido normativo, la

restitución de las ganancias o beneficios por parte del infractor solo podrá ser interpretada como una manera de sancionar y disuadir al infractor por haber incurrido en las conductas prohibidas por la ley. Así las cosas, el hecho mismo de ordenar la restitución se relacionaría con un fundamento que no necesariamente está ligado con la justicia de las reparaciones, sino a los mecanismos de justicia que pretenden una disuasión o retribución interpersonal entre las partes.

IV. A modo de conclusión: de nuevo, la indeterminación de la reparación integral

De lo dicho anteriormente se pueden dilucidar algunos comentarios a modo de conclusión.

El primero de ellos es que, sea cual fuere el fundamento que se usa para obtener la restitución de las ganancias, en el Decreto aquí analizado dicha restitución es abarcada bajo la pretensión indemnizatoria derivada de la lesión a los derechos de autor, lo cual puede resultar problemático en punto de la legalidad de lo reglamentado, toda vez que la Ley 1915 de 2018 se refiere la “indemnización” de los perjuicios y, en estricto sentido, las ganancias del infractor podrían estar fuera de la idea de un “perjuicio indemnizable” causado al titular del derecho, por las razones antes señaladas.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta el papel que juega el dolo, la mala fe o la reincidencia en la cuantificación de la indemnización a favor del autor, el examen que se haga de la legalidad y la constitucionalidad del Decreto será de sumo interés, pues dejará ver una tesis más concreta sobre el alcance del llamado principio de reparación integral.

En particular, quien controle la legalidad del Decreto tendrá que responder a las preguntas sobre las posibilidades que tenía el ejecutivo para tener en consideración el dolo y la restitución de los beneficios en la reglamentación de la Ley 1915 de 2018. En ese sentido, puede advertirse que, desde el punto de vista de la legalidad podría haber inconvenientes con el Decreto, aunque desde el punto de vista constitucional no.

¹⁹ Así lo defiende Weinrib, Ernest. *La idea de derecho privado* (De Eze Páez, trad.), Madrid, Marcial Pons, 2017.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de abril de 2013, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, exp. 11001-3103-013-2008-00348-01; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

sentencia SC428 de 2023, M.P. Luis Alonso Rico, rad. n.º 11001-31-03-036-2016-00048-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, 31 de julio de 2025, C.P. Fernando Pardo Flórez, exp. 57464.

Me explico: el examen de legalidad puede encontrar que el reglamento, al darle cabida a la consideración del dolo y a la restitución de ganancias se alejó de la Ley 1915 y, por tanto, es ilegal en esos aspectos. Ello, muy a pesar de que ese tipo de disposiciones reglamentarias fueran constitucionalmente válidas. Esa validez constitucional devendría del hecho de que el principio de reparación integral no tiene un núcleo duro que permita identificar la manera como debe operar específicamente en cada ocasión, sino que permite un amplio margen de configuración legislativa que podría integrar otros elementos adicionales a la idea de recomponer un estado de cosas anterior al daño, como se ha dicho en otras oportunidades²¹.

En cualquier caso, aún si el Decreto supera el examen de legalidad y de constitucionalidad que se haga de él respecto de los aspectos antes abordados, deberá tenerse en consideración que los jueces que decidan sobre las indemnizaciones derivadas de la lesión a los derechos de autor no deberán ordenar la indemnización de cualquier manera.

En particular, tendrán que cuidar que lo que ordenen restituir como ganancia o beneficio obtenido por parte del tercero no sea redundante con lo que se le obligue a indemnizar también como parte del perjuicio causado. Ello, en aras de evitar un doble pago o “resarcimiento” por la misma causa. Me explico, habrá de observarse, en el análisis judicial que se haga, una relación de los perjuicios causados y ganancias obtenidas para que no se solape un rubro con otro y se “corrija” de manera doble una misma injusticia.

Ello tendrá especial relevancia respecto de las indemnizaciones que comprendan situaciones futuras, reales o hipotéticas vinculadas con la explotación del derecho, tales como el lucro cesante y la pérdida de oportunidad. Esto bajo la premisa de que el juez entienda que se está implementando una indemnización, no una sanción. Este criterio aparece en legislaciones de Derecho comparado que abordan el asunto. Por ejemplo, en Chile, el artículo 85 E de la ley 17336 de 1970, sobre

protección de los derechos de autor, señala que el juez podrá “condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido, que sean atribuibles a la infracción y *que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios*” (cursiva fuera del texto).

En sentido similar, aunque también apelando a la idea de una “indemnización”, la Decisión 486 de 2000, de la Comunidad Andina de Naciones, señala en su artículo 243 que para los efectos de calcular la “indemnización de daños y perjuicios” se tomará en cuenta, entre otros, “el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción”, “el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción”, o “el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual”, criterios que deberían analizarse disyuntivamente, en mi opinión, respecto de una misma causa del beneficio percibido²².

²¹ Al respecto, 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, Universidad Externado de Colombia, 2023, 173–206.

²² Al respecto, Pino Emhart, Alberto. “Las acciones civiles por infracciones al derecho de propiedad intelectual”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 8, n.º 2, dic. 2019, 33-58. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842019000200033&lng=es&nrm=iso (consultado el 28 mayo de 2026).

