

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**



SALA CIVIL DE DECISIÓN N. 3

Magistrada Ponente: MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

(Decisión que se inició discusión en Sala de 21 de febrero y
aprobada en Sala de la fecha).

Proceso:	Verbal
Radicado:	11001 3103 043 2019 00558 06
Demandantes:	Faryd Camilo Mondragón Aly y otros
Demandado:	Bancolombia S.A.
Asunto:	Apelación de sentencia
Decisión:	Confirma.

I. ASUNTO A RESOLVER

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes contra la sentencia proferida el 18 de enero de 2023, por el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá¹.

II. ANTECEDENTES

1. Según la demanda², los señores Francisco Antonio Maturana García, Willington Alfonso Ortiz Palacios, Carlos Valderrama, Oscar Eduardo Córdoba Arce, Faryd Camilo Mondragón Aly, Faustino Hernán Asprilla Hinestroza, Iván René Valenciano, Víctor Hugo Aristizábal, Nicole Regnier Palacio, Juan Pablo Ángel Arango, Adolfo Valencia, Arnoldo Iguarán, Vanessa

¹ Asignado por reparto al despacho de la Magistrada Ponente el 7 de marzo de 2023, secuencia 1993.

² Fls. 141 a161, 001Cuaderno1.pdf, carpeta Primera Instancia, exp. 11001 3103 043 2019 00558 06.

Córdoba Arteaga, Sandra Leticia Sierra Arguello en calidad de cónyuge supérstite de Miguel Calero, María Ester Escobar Saldarriaga, José Darío Escobar Saldarriaga y Santiago Escobar Saldarriaga, en calidad de «hermanos» de Andrés Escobar, promovieron demanda de responsabilidad civil extracontractual contra Bancolombia S.A., elevando las siguientes pretensiones:

«1. Que se declare la responsabilidad civil extracontractual surgida por el uso no autorizado del nombre y entrega de mínimo 468.000 de figuras tipo lego de MIGUEL CALERO, ANDRES ESCOBAR, FRANCISCO MATURANA, WILLINGTON ORTIZ, CARLOS VALDERRAMA, OSCAR CÓRDOBA, FARYD MONDRAGÓN, FAUSTINO ASPRILLA, IVAN VALENCIANO, VICTOR HUGO ARISTIZÁBAL, NICOLE REGNIER, JUAN PABLO ÁNGEL, ADOLFO VALENCIA, ARNOLDO IGUARÁN y VANESSA CÓRDOBA entre otros, por parte Bancolombia S.A., en la promoción de COLECCIONABLES BANCOLOMBIA entre el 15 de mayo de 2019 y 15 de julio de 2019.

2. Que se condene al pago a Bancolombia S.A., por la responsabilidad civil extracontractual surgida por el uso no autorizado ni consentido de la imagen más los intereses moratorios más altos causados desde la sentencia así:

CARLOS ALBERTO VALDERRAMA PALACIO	\$ 600.000.000
OSCAR EDUARDO CÓRDOBA ARCE	\$ 450.000.000
FARYD CAMILO MONDRAGÓN ALY	\$ 450.000.000
FAUSTINO HERNÁN ASPRILLA HINESTROZA	\$ 450.000.000
JUAN PABLO ANGEL ARANGO	\$ 450.000.000
VANESSA CORDOBA ARTEAGA	\$ 300.000.000
NICOLE REGNIER PALACIO	\$ 300.000.000
FRANCISCO ANTONIO MATURANA GARCÍA	\$ 300.000.000
WILLINGTON ALFONSO ORTIZ PALACIOS	\$ 300.000.000
ARNOLDO ALBERTO IGUARÁN ZÚÑIGA	\$ 300.000.000
JOSE ADOLFO VALENCIA MOSQUERA	\$ 300.000.000
SANDRA LETICIA SIERRA ARGUELLO viuda de MIGUEL CALERO	\$ 300.000.000
MARÍA ESTER ESCOBAR SALDARRIAGA, JOSÉ DARÍO ESCOBAR SALDARRIAGA y SANTIAGO ESCOBAR SALDARRIAGA hermanos de ANDRÉS ESCOBAR SALDARRIAGA	\$ 300.000.000
IVÁN RENÉ VALENCIANO PEREZ	\$ 300.000.000
VICTOR HUGO ARISTIZÁBAL POSADA	\$ 300.000.000

TOTAL \$ 5.400.000.000

3. Que se condene en costas y agencias en derecho a Bancolombia S.A.».

2. Como sustento de las pretensiones relataron los siguientes hechos:

2.1. Que la demandada Bancolombia S.A. «con ocasión de la Copa América de fútbol de Brasil 2019, en su portal web y a través de redes lanzó una campaña entre el 15 de mayo de 2019 y hasta el 15 de julio de 2019, llamada COLECCIONABLES BANCOLOMBIA, consistente en que por la suma de \$50.000 pesos o más de compras con tarjetas de crédito y débito Bancolombia, o de giros nacionales en corresponsales bancarios, o de pagos de facturas por Bancolombia a la mano, y remesas familiares podrán reclamar un (1) coleccionable de Nuestra Selección Colombia, DE AYER Y HOY (...)».

2.2. Que en la referida campaña «se promocionaban 30 figuras de ayer y hoy, y dónde aparecían la foto de cinco figuras tipo lego: ANDRÉS ESCOBAR, RENÉ HIGUITA, CARLOS VALDERRAMA, YORELLI RINCÓN y FREDY RINCÓN en la parte superior y en la parte inferior luego aparecían las figuras de cada uno de los coleccionables con [el] nombre y una leyenda» respecto de los demandantes VANESSA CÓRDOBA, ARNOLDO IGUARÁN, ADOLFO VALENCIA, JUAN PABLO ÁNGEL, VICTOR ARISTIZÁBAL, IVÁN VALENCIANO, FARYD MONDRAGÓN, ANDRÉS ESCOBAR (Q.E.P.D.), ÓSCAR CÓRDOBA, FAUSTINO ASPRILLA, CARLOS VALDERRAMA, WILLINGTON ORTIZ, FRANCISCO MATURANA, NICOLE REGNIER y MIGUEL ÁNGEL CALERO (Q.E.P.D.).

2.3. Que las figuras estuvieron exhibidas en la página web y redes sociales «Coleccionables Bancolombia», hasta el 7 de junio de 2019, data en la cual -según los demandantes-, la entidad bancaria enjuiciada paró mientes en la falta de autorización de aquéllos para el adelantamiento de dicha campaña, retirándola de los medios masivos en los fue expuesta, motivo por el cual, la

respectiva publicidad debió recuperarse «a través del web caché».

2.4. Que, con todo, a la fecha de presentación del escrito originario, en la dirección web www.grupobancolombia.com/coleccionables, se encontraban las formas de «redimir las 30 figuras coleccionables», así como «las preguntas frecuentes, términos y condiciones, y términos y condiciones de cambiación».

2.5. Que debido a los anteriores hechos se citó para audiencia de conciliación a la entidad convocada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; sin embargo, el 10 de julio de 2019 culminó el trámite por imposibilidad de acuerdo.

III. ACONTECER PROCESAL

La demanda se presentó el 13 de septiembre de 2019³, siendo inadmitida por auto calendarado 17 de septiembre siguiente⁴.

Subsanada⁵, se dispuso su admisión en proveído del 9 de octubre de 2019⁶, ordenándose su traslado a la parte demandada por el término de ley, con excepción de quienes acudieron en representación de los causantes Andrés Escobar Saldarriaga y Miguel Calero, frente a los cuales se rechazó.

Notificada la decisión, la entidad bancaria convocada se opuso al *petitum* demandatorio, formulando, de un lado, **i)** los medios exceptivos previos denominados⁷ «*indebida representación del demandante*» e «*ineptitud de la demanda por falta de cumplimiento de los requisitos formales*»; del otro, **ii)** los de mérito⁸ distinguidos como «*falta de legitimidad por activa*», «*titularidad de la Federación*

³ Fol. 168, *ejusdem*.

⁴ Fol. 170, *ibidem*.

⁵ Fol. 174 a 229, *cit*.

⁶ Fol. 232 y 233, *ib*.

⁷ Fol. 265 a 273, 015ContestacionDemandadaYExcepcionesPreviasBancolombia, *ejusdem*.

⁸ Fol. 238 a 263, *ejusdem*.

*Colombiana de Fútbol sobre los derechos patrimoniales de la imagen de jugadores de la Selección Colombia y autorización conferida a Bancolombia», «ausencia de daño y nexo causal» y «ruptura del nexo causal por hecho de un tercero» **iii)** y, objeción al juramento estimatorio⁹. Asimismo, presentó **iv)** llamamiento en garantía¹⁰ respecto de la Federación Colombiana de Fútbol, ente que también se opuso a las pretensiones y excepciónó.*

Como cimiento de su defensa -refiriéndose al fundamento fáctico en el que se basó la demanda- expresó el enjuiciado, en síntesis, que:

- Celebró un contrato de con la Federación Colombiana de Fútbol, para ser «patrocinador» de todas las selecciones oficiales de este país, «incluyendo pero no limitándose a la Selección masculina de mayores, la Selección masculina Sub- 20, Sub- 17 y Sub- 15, la Selección femenina de mayores, la Selección femenina Sub- 20 y Sub- 17, la Selección Fútbol Sala masculina mayores y Sub- 20, la Selección Fútbol Sala femenina mayores y Sub- 20 y la Selección masculina Fútbol Playa y Sub-20» y fue por virtud de ese convenio, que adelantó la campaña «coleccionables de nuestra selección Colombia», la cual estuvo vigente entre el 15 de mayo al 30 de junio de 2019, utilizando «representaciones gráficas y tridimensionales de la imagen de algunos de los jugadores y jugadoras».

- La campaña se desarrolló bajo el concepto de una colectividad, utilizándose la imagen fusionada de la selección Colombia, la cual pertenece a la mentada federación.

- Es falso que René Higueta y Yoreli Rincón recibieran pago alguno por la promoción de los coleccionables.

⁹ Fol. 238 a 263, *Ibidem*.

¹⁰ 017LlamamientoEnGarantiaFederacionColombianaDeFutbol, *cit*.

En autos de 22 de junio de 2021^{11/12}, se accedió a la defensa previa de Bancolombia S.A., consistente en la *«ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales»*; igual suerte corrió la Federación Colombiana de Fútbol, respecto de la cual se declaró probada la excepción preliminar de *«cláusula compromisoria»*. La primera de las disposiciones fue recurrida tanto horizontal como verticalmente por los demandantes; la segunda, por Bancolombia S.A.

Mantenidas incólumes esas determinaciones en sede de la primera instancia, este Tribunal Superior – Sala Civil, por auto de 4 de agosto de 2022, **a)** estimó el recurso irrogado por los demandantes y, en proveído calendado de 18 de marzo de 2022, **b)** se abstuvo de resolver sobre la alzada promovida por Bancolombia, como consecuencia directa del desistimiento que en primera instancia presentó frente al llamamiento en garantía que había efectuado.

Con posterioridad, en la audiencia celebrada el 6 de abril de 2022, el juez de primer grado dictó sentencia anticipada parcial en la que resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción denominada falta de legitimación en la causa por activa única y exclusivamente frente al demandante Faryd Camilo Mondragón Aly.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al señor Faryd Camilo Mondragón Aly en favor de la parte demandada Bancolombia S.A. Para tal efecto, se fija como agencias en derecho la suma de \$18.000.000,00.

TERCERO: En lo restante del proceso continuará con los demás demandantes».

Disposición la anterior que, apelada por el extremo accionante,

¹¹ 045AutoResuelveExcepciónPrevia, *ib.*

¹² 046AutoResuelveExcepciónPrevia, *ibidem.*

también se revocó en esta instancia, a través de la sentencia adiada 15 de noviembre de 2022¹³.

El 30 de noviembre de 2021, el juez *a quo* inició con la evacuación de las audiencias previstas en los cánones 372 y 373 del Código General del Proceso, culminando el 18 de enero de 2023, en la que dictó el fallo que a paso seguido se describe.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En la audiencia que viene de comentarse¹⁴, el juez de primer grado desató la instancia, así:

«PRIMERO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de “Falta de prueba del perjuicio” y, a su vez, **DECLARAR PROBADA** la objeción al juramento estimatorio presentada por la parte demandante.

SEGUNDO: NEGAR LAS PRETENSIONES de la demanda.

TERCERO: En consecuencia, **DAR POR TERMINADO** el presente proceso.

CUARTO: Conforme al parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, **CONDENAR** a la parte demandante y a favor del Consejo Superior de la Judicatura al pago de la sanción allí establecida, a través de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá, como sigue:

Sanción (parágrafo, art. 206, CGP)

Demandante	Pretensión	Sanción 5%
Carlos Alberto Valderrama Palacios	\$600.000.000	\$30.000.000
Oscar Eduardo Córdoba Arce	\$450.000.000	\$25.500.000
Faryd Camilo Mondragón	\$450.000.000	\$25.500.000
Faustino Hernán Asprilla Hinestroza	\$450.000.000	\$25.500.000
Juan Pablo Ángel Arango	\$450.000.000	\$25.500.000
Vanessa Córdoba Arteaga	\$300.000.000	\$15.000.000

¹³001SentenciaSegundaInstanciaFarydMondragon, 04Cuaderno4Tribunal, PrimeraInstancia, exp. 11001310304320190055806.

¹⁴ 181VideograbaciónAudienciaArtículo372y373CGPEnero18de2023Parte4.

<i>Nicole Regnier Palacio</i>	\$300.000.000	\$15.000.000
<i>Francisco Antonio Maturana García</i>	\$300.000.000	\$15.000.000
<i>Willington Alfonso Ortiz Palacios</i>	\$300.000.000	\$15.000.000
<i>Arnoldo Alberto Iguarán Zúñiga</i>	\$300.000.000	\$15.000.000
<i>José Adolfo Valencia Mosquera</i>	\$300.000.000	\$15.000.000
<i>Iván René Valenciano Pérez</i>	\$300.000.000	\$15.000.000
<i>Víctor Hugo Aristizábal Posada</i>	\$300.000.000	\$15.000.000

Las anteriores sumas deberán ser canceladas en el término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia o, de ser el caso, del auto de obediencia a lo resuelto por el Superior.

QUINTO: DECLARAR la existencia de temeridad en las pretensiones de la demanda, en consecuencia, **IMPONER** sanción al abogado Hugo Mario Amaya Hoyos¹⁵ identificado con CC no. 80.415.556 de Usaquén y T.P. no. 81.270 del C. S. de la J., de multa correspondiente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Lo cual deberá cancelar en el término de tres (3) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Adicionalmente, se deberán compulsar copias a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Bogotá para que sea investigada la conducta del mentado profesional del derecho. Por Secretaría, líbrense los oficios, certificaciones o comunicaciones que correspondan según sea el caso.

SEXTO: CONDENAR a la parte demandante y al abogado Hugo Mario Amaya Hoyos en las costas del proceso, de manera solidaria, las cuales deberá cancelar a la demandada Bancolombia S.A., dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto que las apruebe. Señálense, al efecto como agencias en derecho las sumas que se relacionan a continuación:

Costas individuales

Demandante	Pretensiones	Agencias
<i>Carlos Alberto Valderrama Palacios</i>	\$600.000.000	\$30.000.000
<i>Oscar Eduardo Córdoba Arce</i>	\$450.000.000	\$25.500.000
<i>Farid Camilo Mondragón</i>	\$450.000.000	\$25.500.000
<i>Faustino Hernán Asprilla Hinestroza</i>	\$450.000.000	\$25.500.000
<i>Juan Pablo Ángel Arango</i>	\$450.000.000	\$25.500.000

¹⁵ Adviértase que en auto adiado 23 de noviembre de 2020, «se acepta la sustitución de poder que hace el apoderado judicial de la parte demandante al abogado JOSÉ URIEL PÉREZ PARRA, a quien se reconoce personería para actuar como procurador judicial de dicho extremo de la litis» (Archivo 020AutoCorreTrasladoObjeción.pdf, carpeta 01Cuaderno1, carpeta PrimeraInstancia, exp. 11001310304320190055806).

Vanessa Córdoba Arteaga	\$300.000.000	\$15.000.000
Nicole Regnier Palacio	\$300.000.000	\$15.000.000
Francisco Antonio Maturana García	\$300.000.000	\$15.000.000
Willington Alfonso Ortiz Palacios	\$300.000.000	\$15.000.000
Arnoldo Alberto Iguarán Zúñiga	\$300.000.000	\$15.000.000
José Adolfo Valencia Mosquera	\$300.000.000	\$15.000.000
Iván René Valenciano Pérez	\$300.000.000	\$15.000.000
Víctor Hugo Aristizábal Posada	\$300.000.000	\$15.000.000

Para arribar a esa determinación, empezó por señalar que el problema jurídico a dilucidar se fincaba en cuatro situaciones a saber: **i)** si existía o no uso indebido -individual o colectivo- de la imagen de los demandantes; **ii)** si esa imagen utilizada -individual o colectiva-, y los derechos patrimoniales que se podrían derivar de ella, le pertenecían a la Federación Colombiana de Fútbol o a los demandantes; **iii)** una vez determinado que el uso alegado fue las imágenes individuales de estos últimos, analizar si confluyen los elementos de la responsabilidad civil extracontractual y, para rematar, **iv)** descender al análisis de los medios exceptivos planteados.

Acerca entonces del primer punto, de tajo empezó por establecer que *«las imágenes utilizadas por Bancolombia no se enmarcan en el concepto de uso colectivo que fue contratado con la Federación, y en consecuencia, lo utilizado fue el uso individual de cada uno de los demandantes»* (min. 0:04:48 a 0:05:08).

A ese respecto, especificó que *«Bancolombia, en su campaña publicitaria, utilizó las imágenes, en general de estos demandantes, de forma individual ¿Cómo llega el despacho a esa conclusión? (...) Pues es sencillo, con la demanda se presentaron una serie de imágenes; el apoderado de Bancolombia en su oportunidad, (...) indicó que no era la forma de traer imágenes digitales o contenido digital, o evidencia digital al proceso, a través de impresiones (...) pero lo cierto es que ese documento a pesar de ser una impresión de un documento o un mensaje de datos, por sí mismo, no pierde el valor probatorio; si contrastamos esos documentos con la declaración del representante legal de Bancolombia se tiene que*

efectivamente dichas imágenes, las que se refieren a la página web, no a las fotografías de las figuras en miniatura, obedecieron a la campaña de Bancolombia» (min. 0:13:10 a 0:17:15).

Para sustentar lo anterior, puso de ejemplo la descripción particular que en la campaña publicitaria se hizo de algunos de los jugadores demandantes -Adolfo Valencia, Juan Pablo Ángel, Víctor Hugo Aristizábal, Iván René Valenciano, Farid Mondragón, Oscar Córdoba, Faustino Asprilla, Carlos “El Pibe” Valderrama-, estableciendo que no es plausible, como lo pretende el extremo demandado, que la imagen explotada lo fue de la selección Colombia entendida como una colectividad -verbigracia, aquella que ganó la Copa América de 1993, entre otras-, sino de cada uno de los jugadores que en algún momento pertenecieron a ella, pues *«lo que estaban homenajando era la figura individual y no la figura colectiva» (0:26:25 a 0:26:33).*

A paso seguido, indicó que pese a ello *«no basta con ese uso (...) para acceder a las pretensiones de la demanda, porque la responsabilidad civil de orden extracontractual, requiere una serie de requisitos» (min. 0:31:11 a 0:31:26)* de los cuales, el que merecía análisis, era el de la demostración de los *«perjuicios»*, porque *«finalmente, Bancolombia actuó negligentemente, porque se salió de los términos del contrato, e hizo descripciones individuales, y utilizó de manera individual, con fines comerciales, las figuras o la imagen que es constitucionalmente protegida de cada uno de los jugadores. Entonces, aquí debe advertirse, no porque lo haya usado con fines comerciales, significa que hubiese derivado retribución económica calculable como en su momento se indicó por parte de Bancolombia. Es decir, que entregar una figura, no significaba automáticamente que Bancolombia ganara \$50.000; ese es un entendimiento errado de la campaña (...) eso medianamente lo explicó el representante legal de la sociedad demandada y debe entenderse así» (min. 0:32:00 a 0:33:19).*

Luego, y ya en camino a la desestimación de la demanda principal, dijo, en síntesis, que era «errónea» la afirmación de los demandantes, relativa a que las ganancias percibidas por Bancolombia con ocasión de la pluricitada campaña, automáticamente se constituían en un «perjuicio» para ellos y menos en la modalidad del daño emergente como fueron solicitados, porque si bien existió un uso indebido de la imagen de éstos,

«al intentar monetizar el daño, hubo uno o varios errores. El primero de ellos fue confundir si se quiere poner en esas palabras, los conceptos de daño emergente y lucro cesante (...) no hay ni un hecho de la demanda que puntualice ni un daño emergente ni un lucro cesante, para que el despacho se desligue de lo expuesto en el juramento estimatorio y las pretensiones de la demanda.

Entonces, si lo pretendido era establecer un daño emergente, que se debió acreditar (...) los elementos patrimoniales, desembolsos, gastos en que incurrieron los afectados, para la protección o resarcimiento de sus derechos, para restablecer al estado anterior, lo que fue dañado (...) por el contrario, el lucro cesante es lo que dejó de ganar con ocasión al daño, por eso era importante (...) el perito que rindió el dictamen por cuenta de Bancolombia, nos trató de hacer el símil del taxi con los derechos patrimoniales, y el ejemplo sirve y se destaca porque finalmente, si traemos ese ejemplo para explicar esto, si lo que demandamos es el (...) taxi, entonces el daño emergente, proviene entonces de reparar el taxi, reparar la imagen, o hacer cesar la afectación a la imagen; y el lucro cesante, básicamente es lo que dejó de producir el taxi, es en esencia eso. Ese es el correcto entendimiento de la pretensión. Entonces, de manera errada se presentó ese entendimiento, valga decir que tampoco estima para efectos de la valoración económica de las pretensiones (...) la experticia del señor Simón Restrepo, y básicamente por dos cosas: primero porque el ejercicio era establecer si habían tenido ingresos económicos o no por la explotación o licenciamiento de su imagen, él cae en una conclusión que termina siendo errada con el ejercicio, preguntó aquí abiertamente en la audiencia, si el ejercicio que él hizo era propio de calcular lucro cesante, y no daño emergente, ni siquiera, hizo la tarea de pedir documentos a los demandantes para estimar daños emergentes (...) pero si llegó a la conclusión de que el daño emergente era cero» (min. 0:40:00 a 0:47:16).

Continuando el análisis, y frente al juramento estimatorio, anotó:

«no es aceptable para el despacho la posición de la parte demandante frente a la fórmula para probar el perjuicio económico (...) es decir, para

los demandantes, 'por mí y ante mí lo que me tienen que dar son los valores indicados en la demanda y yo genero mi propia prueba por mí y ante mí' sin ningún tipo de justificación o soporte adicional sin acreditar mínimamente las razones por las cuales [cada uno de los jugadores debía ser indemnizado por los valores pretensionados] (...) y esto viene dado desde vieja data, decían ya desde hace mucho tiempo, que 'nadie puede crear su propia prueba' y aquí no se trata de que el despacho no esté estimando sus declaraciones de parte, claro que las estima, como prueba que son, pero su sola declaración de parte 'de mí, ante mí, y porque sí', no es suficiente para decir que el daño emergente se les causó con 600, 450 o 300, eso es errado. Y la única justificación que encontraron en el interrogatorio que ¿de dónde salía esa cifra? ni siquiera salía de una campaña publicitaria similar, salía de los cálculos que hicieron los abogados (...) o el abogado que presentó la demanda para no generalizar (...) porque hizo cálculos de \$50.000 por 400 y pico mil de figuritas, entonces esos eran los ingresos de Bancolombia, y entonces ni siquiera aplicando una regla de tres mínima aparecieron esas cifras y entonces, el señor Valderrama, cobraba más porque era más reconocido, simplemente más de los otros, y así sucesivamente, pero ese reconocimiento, simplemente quedó, en el dicho de ellos, no solo, la distinción sino ese valor, ese valor no tiene fundamento en ninguna pieza procesal, en ninguna» (min. 0:51:07 a 0:54:31).

Que, por lo anterior, el comportamiento del abogado que presentó la demanda, Hugo Mario Amaya Hoyos, *«fue temerario en sus pretensiones»*, lo que conducía, en aplicación a lo dispuesto en los preceptos 42 a 44 y 71 a 83 del Código General del Proceso, a la imposición de la respectiva sanción, además de la compulsas de copias a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Y en lo que toca con el juramento, expresó que de conformidad a lo normado en el párrafo del canon 206 *ejusdem*, debía condenarse a los demandantes al 5% del valor de las pretensiones.

V. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo resuelto, el apoderado de los demandantes apeló, y en tiempo sustentó sus reparos así¹⁶:

- Que la presente acción de responsabilidad civil

¹⁶ 06Sustentacion, cuaderno Tribunal, exp.11001310304320190055806.

extracontractual, se instauró por el *«el uso no autorizado de la imagen de los jugadores (...) leyendas del fútbol colombiano y que por su calidad, fueron reproducidos en figuritas tipo lego (nano coleccionables) dentro de la campaña publicitaria de Bancolombia con ocasión de la Copa América 2019, que eran entregadas por consumos con tarjetas débito de Bancolombia de \$50.000, crediagil de \$100.000 y consumos con tarjeta crédito Bancolombia de \$100.000»*, la cual, pese haber sido diseñada para llevarse a cabo entre mayo a julio de esa anualidad, terminó el 30 de junio porque las existencias se agotaron, tal y como lo *«confesó»* el representante legal de Bancolombia, cuando absolvió su interrogatorio, quien adujo que sin la participación de los demandantes, *«no tendría ningún sentido la campaña»*, y que habían pagado a la empresa Tremendo Group S.A.S., por la realización del mentado material, la suma de \$2.071.000.000

- Que, para el uso de la imagen de los demandantes, dada su trayectoria y reconocimiento, previa negociación se fija el valor de contratación, de manera directa o a través de su representante, para que se emita la respectiva autorización, lo cual no ocurrió en el *sub examine*.
- Que no es cierto, como lo indica el *a quo*, que no exista prueba del *«daño emergente»* solicitado, pues además de lo expuesto por los demandantes en sus declaraciones, se tiene el juramento estimatorio, respecto del cual sí se describió el traslado de la objeción que presentó la entidad bancaria demandada.
- Que el perjuicio patrimonial en la modalidad de daño emergente nace *«al no existir autorización por parte de ningún[a] de las leyendas del futbol colombiano para entregar quinientos veintiocho mil (528.000) nano coleccionables»*, acción que le generó ganancias a Bancolombia, conforme a lo

«confesado por el representante legal», situación que desconoce el a quo, permitiéndose «enriquecimiento sin justa causa (...) a costa de captaciones de dinero a través de tarjetas débito, crédito y crediagil, que de suyo generan inmediatamente ingresos al banco».

- Que existe responsabilidad civil de Bancolombia, por haber omitido pedir autorización a los demandantes para el uso de su imagen y, que de conformidad a lo normado en el canon 1614 del Código Civil, *«el daño emergente proviene de no haberse cumplido con la obligación legal de Bancolombia, de obtener autorización de los demandantes, previo uso de su imagen, y que dio lugar a la captación de veintitrés mil cuatrocientos millones de pesos (\$23.400.000.000), en menos de un mes».*

VI. RÉPLICA

El banco demandado, hizo uso de ese derecho¹⁷, tras alegar, en lo fundamental, que:

- *«[n]o es correcto afirmar que se puede reclamar perjuicios por cualquier valor que el tercero dice que hubiera cobrado, sino que se debe demostrar de manera objetiva la existencia y cuantía del daño sufrido. Teniendo en cuenta que en la Demanda no se solicitó ni lucro cesante ni daño moral, y por lo tanto no es viable un fallo extra o ultra, sino solo daño emergente»,* respecto del cual no hay prueba, es más, *«en todo el expediente no hay ni una sola prueba de daño alguno, sin importar su naturaleza».*
- Tampoco se encuentran verificados los elementos esenciales para que se configure una responsabilidad civil extracontractual, de acuerdo a lo normado en el precepto

¹⁷ 07DescorreTraslado, *ejusdem*.

2341 del Código Civil: *i) el hecho o conducta, ii) el daño; y iii) el nexo de causalidad y, en el caso de marras, es claro «que los Demandantes a pesar de que no han probado ningún daño emergente, insisten en manifestar que una supuesta captación a favor de Bancolombia (que tampoco prueban) se traduce en un perjuicio para la Parte Demandante, a título de daño emergente. No obstante, no hay prueba directa, indirecta y en general prueba alguna que demuestre un daño emergente, es decir una desmejora en el patrimonio actual de cualquiera (siquiera uno) de los Demandantes (pues no estamos hablando de lucro cesante) que en principio originara las pretensiones reclamadas a través de su Demanda».*

- En contravía de las afirmaciones de los apelantes, *«en ningún momento el representante legal de Bancolombia afirmó que la entrega de estos coleccionables se traduce en ingresos para Bancolombia. Por el contrario, el representante de mi poderdante en este interrogatorio fue enfático en recalcar que la campaña no generó utilidades directas para Bancolombia y además explicó de forma detallada, como el hecho de que independientemente en una transacción se utilicen tarjetas de Bancolombia, no significa que la totalidad de este dinero ingrese necesariamente a las arcas de Bancolombia, si no que estas ingresan a las cuentas del comercio donde se realizó la operación financiera. Cuentas que pueden ser de Bancolombia o de cualquier otro banco (cuentas que le pertenecen al titular o tarjetahabiente de dicha cuenta no al banco). Por lo anterior, es totalmente falso que Bancolombia ‘confesó tener ingresos por haber entregado los quinientos veintiocho mil (528.000) nano coleccionables (cuando estos ni siquiera se pueden determinar), por transacciones con tarjeta débito Bancolombia, tarjetas crédito Bancolombia y créditos crediagil’. Ahora bien, más allá de la falsedad de la*

aseveración, esta es indiferente en lo que respecta a determinar el supuesto daño ocasionado a los Demandantes, pues el apoderado de la Parte Demandante no acredita como estos supuestos ingresos a favor de Bancolombia ocasionan un daño emergente a los Demandantes, es decir, una disminución real del patrimonio de los Demandantes».

- La presentación de la alzada no es la vía para solicitar una nueva pretensión, en tanto que, con la misma, se está instando el pago de réditos no enlistados en el escrito inicial.

VII. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Competencia.

Esta Sala Tercera de Decisión es competente para dirimir la presente instancia, al tenor del numeral 2° del artículo 31 del Código General del Proceso, y lo hará bajo las limitantes contempladas en los artículos 280 y 328 *ibídem*. Además, se encuentran satisfechos los presupuestos procesales y no se verifica ninguna irregularidad procesal que pueda invalidar lo actuado.

2. Problema jurídico.

Gravita este juicio, alrededor de la responsabilidad civil extracontractual; corresponde a esta Sala, por ello, definir si existe mérito para la confirmación de la sentencia de primer grado que negó las pretensiones de la demanda o, *contrario sensu*, si se revoca como pide el extremo demandante, en punto de los reparos que especificó como cimiento de su alzada.

3. Marco conceptual.

3.1. Responsabilidad Civil Extracontractual:

Si habláramos de una definición de responsabilidad civil, podríamos decir que es la consecuencia jurídica de un comportamiento generador de un daño y perjuicios, susceptibles de ser resarcidos.

Ahora, si esa conducta está relacionada con el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, será entonces la memorada responsabilidad de carácter contractual; empero, si más se centra en la inobservancia de una obligación legal o cuasicontractual, en un delito o cuasidelito, o implica la violación de un deber general de prudencia, estaremos frente a una de índole extracontractual, de la cual corresponde a la Sala ocuparse en el *sub examine*.

Como se colige del artículo 2341 del Código Civil, para el éxito de la pretensión de responsabilidad civil extracontractual es necesario acreditar varios presupuestos axiológicos, a saber: el hecho imputable a la conducta de alguien o también denominado por la doctrina y jurisprudencia como comportamiento activo u omisivo, el daño (junto con sus consecuenciales perjuicios) y el nexo o la relación de causalidad entre éste y aquél.

En ese orden, frente a la responsabilidad aquí enrostrada al banco, se tiene que está contemplada en el mentado canon, y que reza «[e]l que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido».

3.2. Derecho fundamental a la propia imagen y responsabilidad por su uso indebido.

A través de la Ley 23 de 1982, se empezó a legislar en Colombia, sobre los derechos de autor y así, acerca de la protección de la imagen. Se tiene entonces, como punto de partida, lo estatuido en su artículo 87, que reza a la letra:

*«Toda persona tiene derecho a impedir, con las limitaciones que se establecen en el artículo 36 de la presente Ley, que su busto o retrato se exhiba o exponga en el comercio **sin su consentimiento expreso**, o habiendo fallecido ella, de las personas mencionadas en el artículo 83 de esta Ley. La persona que haya dado su consentimiento podrá revocarlo con la correspondiente indemnización de perjuicios».*

Se destaca de la lectura sistemática de esa norma, que más allá de referirse a la posibilidad de explotación de la propia imagen, lo que indica es la facultad de impedir su uso por parte de terceros. Conjuntamente, puede afirmarse que cuando no existe un consentimiento expreso, estaríamos ante una vulneración de ese bien jurídico, comoquiera que el mismo, consiste entre otros asuntos en la facultad de autorizar o prohibir el uso.

Ahora, el artículo 88 *ejusdem*, indica que «[c]uando sean varias las personas cuyo consentimiento sea necesario **para poner en el comercio** o exhibir el busto o retrato de un individuo y haya desacuerdo entre ellas, resolverá la autoridad competente»; se trata entonces esta norma, de la relación entre el derecho a la imagen y su explotación económica.

Sobre esta especial temática, ha referido el máximo órgano de cierre de lo constitucional, lo siguiente:

«4. Algunos parámetros sobre el derecho a la imagen en la jurisprudencia constitucional

4.1. En varias ocasiones la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha abordado diversos aspectos en torno al derecho a la imagen y ha señalado que este es “el derecho de toda persona al manejo de su propia imagen” que comprende “la necesidad de consentimiento para su utilización” y que constituye “una expresión directa de su individualidad e identidad”.^[11] En cuanto a la disposición de la propia imagen por terceros, la Corporación ha sostenido:

“Una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que la identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación de terceros”.^[12]

A lo anterior, la misma decisión precisó con relación a las probables limitaciones a la posibilidad de disponer de la propia imagen, lo siguiente:

“Con las limitaciones legítimas deducibles de las exigencias de la sociabilidad humana, la búsqueda del conocimiento y demás intereses públicos superiores, toda persona tiene derecho a su propia imagen, de donde resulta que sin su consentimiento, ésta no pueda ser injustamente apropiada, publicada, expuesta, reproducida o comercializada por otro”.

4.2. Así mismo, la Corte ha indicado que el derecho a la imagen constituye un derecho autónomo, aun cuando también puede ser lesionado junto con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de su titular,^[13] y que está estrechamente vinculado a la dignidad y libertad de la persona, amparados por el artículo 14 de la Constitución.^[14]

4.3. La Corporación también ha sostenido que los aspectos dinámicos del derecho a la imagen, a saber aquellas acciones de la persona dirigidas a disponer de ese derecho, “constituyen una forma de autodeterminación del sujeto y, por ende, se enmarcan dentro del ámbito de protección que depara el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16)”.^[15]

4.4. Con relación al consentimiento en particular, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho de toda persona al manejo de su propia imagen implica la necesidad de consentimiento para su utilización, “en especial si se la explota publicitariamente”.^[16] Sobre esta base, la Corte ha sostenido de manera consistente y reiterada **que el uso de la propia imagen sin que medie autorización para ello desconoce el derecho fundamental a la imagen.**^[17]

4.5. En cuanto al alcance de la autorización a terceros para usar y difundir la propia imagen con fines comerciales en el marco de la libertad en las relaciones contractuales, la Corte ha precisado que dicha autorización no puede entenderse como “la renuncia al derecho fundamental del que se trata”. En este sentido, la Corte ha señalado lo siguiente:

“[C]uando en virtud de un contrato se permite la explotación comercial de la imagen o de la voz de una persona, en ejercicio de una actividad profesional (modelos, actores y locutores, por ejemplo), la utilización que se haga de aquéllas es lícita. Pero, una vez concluido el término del contrato y agotado el cometido del mismo, el dueño de la imagen o de la voz recupera su derecho a plenitud y, por tanto, quien la venía difundiendo queda impedido absolutamente para seguir haciéndolo, si no cuenta con el consentimiento expreso

del afectado o renueva los términos de la convención pactada. //Cualquier acto que desconozca este principio constituye ostensible abuso, contrario a los derechos fundamentales del titular de la imagen, que está, obviamente, sometido a la jurisdicción y competencia del juez constitucional. Este, que tiene a su cargo velar por aquéllos, goza de competencia para impartir las órdenes necesarias, con miras a impedir que la violación de tales derechos se prolongue en el tiempo, mediante la explotación no consentida de la imagen del solicitante”.^[18]

En consonancia con lo anterior, esta Corporación también ha considerado que la injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización de la imagen de una persona “afecta lo que en estricto rigor constituye un derecho o bien personalísimo”.^[19]

*En suma, el derecho a la propia imagen, a partir de los diversos aspectos desarrollados por la jurisprudencia constitucional, (i) comprende la necesidad de consentimiento para su utilización, (ii) constituye una garantía para la propia imagen como expresión directa de la individualidad e identidad de las personas, (iii) constituye una garantía de protección de raigambre constitucional para que las características externas que conforman las manifestaciones y expresiones externas de la individualidad corporal no puedan ser objeto de libre e injustificada disposición y manipulación de terceros, (iv) **es un derecho autónomo** que puede ser lesionado junto con los derechos a la intimidad, a la honra, al buen nombre de su titular, y cuyo ejercicio está estrechamente vinculado a la dignidad y libertad de la persona, (v) **implica la garantía del manejo sobre la propia imagen cuyo ejercicio se traduce en una manifestación de la autodeterminación de las personas, y (vi) exige que las autorizaciones otorgadas para el uso de la propia imagen en el marco de la libertad en las relaciones contractuales no sean entendidas como una renuncia al derecho mismo»** (resalta el Tribunal) (T-364 de 2013).*

Ahora bien, como el derecho a la imagen confiere la potestad de explotarla comercialmente, válido resulta que, para tal proceder, deba mediar un pacto a través del cual se otorgue la autorización para hacer uso de la misma, existiendo dos elementos derivados de las normas transcritas que deben contemplarse al momento de la respectiva negociación: **la facultad de disposición del derecho y la remuneración.**

Ergo, dable es afirmar que debe existir una contraprestación por

el uso comercial de la imagen de una persona, convirtiéndose este aspecto en un elemento natural del contrato que no es absoluto, por cuanto las partes tienen la potestad de definir contractualmente el tipo de remuneración, la cual no tiene que ser necesariamente monetaria, o, renunciar a ella, pero más allá de eso, se reitera, la remuneración a cambio del uso de la imagen, emerge como un presupuesto natural de los contratos relacionados con ella.

3.3. Caso concreto.

Pues bien, en el *sub judice* nos encontramos ante una responsabilidad civil extracontractual, que está inmersa en el campo del uso indebido de la imagen de los demandantes, pues el hecho que se alega como constitutivo del daño -dejar de recibir una remuneración por su utilización con fines publicitarios-, no es otro que la falta de autorización de aquellos a Bancolombia para lanzar al mercado –por virtud de una campaña propagandística generada con ocasión de la Copa América 2019-, unas figuras «*tipo lego*» de ellos, debido al rol que en las respectivas épocas tuvieron en la selección Colombia, sin que en momento alguno, se hubiere efectuado la respectiva contratación que habilitara a la demandada para tal fin, una vez pactada la debida contraprestación.

Significa entonces lo anterior, que sí o sí, para que los actores **salieran triunfantes en sus pretensiones**, debían acreditar los elementos constitutivos de este tipo de responsabilidad civil como lo son, *i)* el hecho generador del daño, *ii)* el daño en sí mismo y *iii)* el nexo de causalidad entre uno y el otro, respecto de los cuales se advierte, desde este mismo momento y tal como lo hizo el *a quo*, se encuentran reunidos.

Así entonces, empecemos con el **hecho culposo**. En el expediente está acreditado que, en efecto, la imagen individual de los demandantes sí fue utilizada en la plurimencionada campaña publicitaria efectuada por Bancolombia en el año 2019, sin que

mediara autorización alguna por parte de aquéllos, y mucho menos una contraprestación. De allí, que no estaba justificada la actuación de la entidad bancaria que alegó que por virtud del contrato de patrocinio que celebró con la Federación Colombiana de Fútbol, podía hacer dicho uso, pues lo cierto es que para lo único que ese pacto lo autorizaba, era para utilizar la imagen colectiva de las selección Colombia. *Ergo*, tal circunstancia en la que incurrió la demandada, sí tuvo el efecto lesivo, del que hablaremos a paso seguido.

El Daño. Se hizo consistir, en la demanda, en la vulneración del derecho a la propia imagen de los inconformes, quienes nunca autorizaron el uso de la misma para la campaña memorada, ni tampoco recibieron un pago, pese a que son «*leyendas*» del balompié nacional.

Así las cosas, visto que el soporte del daño fue .se repite a riesgo de fatigar- el uso de la imagen individual de los demandantes sin autorización alguna, además de la falta del resarcimiento económico al que por tal publicidad tenían derecho. Por estas razones, estima esta Corporación que el daño alegado, además de estar demostrado, fue directo, es decir, susceptible de reparación económica.

Nexo causal. En armonía con lo expuesto se infiere que entre la conducta culposa del banco y el resultado obtenido hay una relación de causa a efecto.

Con todo, como la causa de la negativa de las pretensiones no fue otra que la falta de demostración de los perjuicios instados, entiéndase entonces que son puntos pacíficos los relacionados con el hecho generador (no pedir autorización para el uso de la imagen de los jugadores demandantes en la memorada campaña publicitaria), así como el daño (falta de reconocimiento económico por el uso de la imagen de los jugadores) y el nexo de causalidad

(realización de la campaña y su éxito rotundo), procederá entonces la Sala a analizar los argumentos de la alzada, todos y cada uno de ellos relacionados única y exclusivamente **con la circunstancia de que sí fue debidamente comprobado el perjuicio material solicitado «daño emergente»**, máxime si en cuenta se tiene lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, que establece acerca de la competencia del superior, que «[e]l juez de segunda instancia **deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley**», en concomitancia con el principio de la *non reformatio in pejus*.

3.3.1. El perjuicio.

Imposible resulta descender a la temática de los perjuicios, sin antes tener que hablar del daño.

En palabras simples, y según el diccionario panhispánico del español jurídico, el daño, de manera general, no es otra cosa que «*perjuicio, lesión*». Ya en una definición más completa, refiriéndose en conciso al «*daño civil indemnizable*» la doctrina lo ha descrito como «*el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima*», postulado del cual se precisa que «**toda disminución o supresión de un objeto patrimonial o extrapatrimonial de la víctima supone, necesariamente, un daño**»¹⁸.

Es por lo anterior, en concomitancia con lo señalado en los preceptos 87 y 88 de la Ley 23 de 1982, así como de los múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional, de los cuales se trajo a colación el más reciente encontrado, relacionados con el

¹⁸ Tamayo Jaramillo Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Bogotá, Legis, 2015, págs. 326 y 327.

derecho fundamental de la propia imagen, que estima la Sala que tal como lo concluyó el *a quo*, se comprobó el **uso indebido** de la imagen de los jugadores Carlos Alberto Valderrama Palacios, Oscar Eduardo Córdoba Arce, Farid Camilo Mondragón, Faustino Hernán Asprilla Hinestroza, Juan Pablo Ángel Arango, Vanessa Córdoba Arteaga, Nicole Regnier Palacio, Francisco Antonio Maturana García, Arnoldo Alberto Iguarán Zúñiga, José Adolfo Valencia Mosquera, Iván René Valenciano Pérez, Víctor Hugo Aristizábal Posada, José Adolfo Valencia Mosquera, Iván René Valenciano Pérez, Víctor Hugo Aristizábal Posada, por cuanto no medió ninguna autorización de estos a Bancolombia S.A., en la campaña adelantada en el 2019, con ocasión de la Copa América, denominada «*coleccionables del futbol*», pues quedó demostrado que el permiso con el que contaba la entidad bancaria, por virtud de un contrato de patrocinio que suscribió con la Federación Colombiana de Fútbol, lo fue para el uso de la **imagen colectiva** de la selección Colombia, no de la individual de quienes en algún momento pertenecieron a ésta.

Lo anterior cobra mayor relevancia si en cuenta se tiene que, en lo relacionado con la **imagen**, y el uso que de la misma pueden ejercer los demandantes precisamente por su condición y la notoriedad de la que gozan, el asunto se encuentra totalmente permeado por un factor económico (del que indirectamente trata el artículo 88 aludido), pues son precisamente las figuras públicas -en este caso, deportistas glorias del balompié nacional-, quienes monetizan tal reconocimiento logrado por su trayectoria, con el uso de aquélla, no lo podemos negar.

Ahora bien, no debe olvidarse **que existe una divergencia entre el daño y el perjuicio**; el primero se concibe como la afectación a un interés tutelado de la víctima, **y el segundo la consecuencia derivada de esta afrenta**. En tal sentido, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en pretérita oportunidad caviló:

«[e]l daño es entendido por la doctrina de esta Corte, como ‘la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, [por] una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio (...)’.

(...) El perjuicio es la [secuela] (...) del daño [padecido por] la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó (...)»¹⁹.

Y en oportunidad más reciente, el análisis es aún más diáfano, al anotarse que:

11.1. En la dogmática jurídica de la responsabilidad civil, daño y perjuicio no responden a lo mismo, son categorías diferentes pero complementarias. En términos castizos precisos, la palabra daño se deriva del verbo dañar que significa: “Causar perjuicio, deterioro, color o molestia (...) maltratar o echar a perder algo”, al paso que perjuicio es el “[e]fecto de perjudicar (...). Detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa (...) indemnización que se debe pagar por este detrimento”. Por lo tanto, el primero es resultado de la conducta dañosa, es la pérdida, el deterioro, la vulneración o detrimento de un derecho subjetivo que sufre la víctima, el cual puede ser material (daño emergente y lucro cesante) o inmaterial (perjuicios morales, daño a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia, sumados a la eventual reparación simbólica); mientras tanto, el perjuicio es el efecto, consistente en la obligación de indemnizar al dañado o perjudicado, es la compensación que se exige a quien ha causado el daño con el fin de repararlo; por consiguiente, en la relación causa-efecto, al paso que, el daño es la causa, el perjuicio es consecuencia o derivación» (negrilla fuera del texto original).

Siguiendo ese hilo conductor, hasta este punto podemos afirmar que el daño sí se configuró, porque no hay duda de la utilización indebida de la imagen de los demandantes, pues no medió la autorización de aquéllos para tal fin.

No obstante, ya en el análisis de los **perjuicios** pretensionados, surge el siguiente interrogante ¿están aquéllos demostrados, al

¹⁹ CSJ SC 6 de abril de 2001, exp. 5502.

menos sumariamente? La respuesta, es que no, tal y como lo concluyó el juzgador de primera instancia, pues existe una completa orfandad probatoria al respecto, motivo por el cual, los demandantes incumplieron con la carga impuesta por el artículo 167 del Código General del Proceso, pues no arrimaron al plenario -en las oportunidades procesales pertinentes- elemento suasorio que respaldara los rubros instados en la modalidad de daño emergente, esto es, ni con la demanda, ni con el escrito mediante el cual recorrieron el traslado de las excepciones, es más, en ninguno de estos dos documentos se relacionaron medios de convicción en el acápite de relación de pruebas que respalden el concepto antes enunciado.

De tal manera, quedaron sin sustento las afirmaciones sobre el *quantum* de los honorarios dejados de percibir, pues -se repite a riesgo de fatigar- no se trajo al litigio algún medio de convicción que diera cuenta, al menos de manera sumaria, de cuál hubiere sido el valor que, razonadamente, costaría su participación en la campaña de Bancolombia, o algún otro elemento de respaldo sobre dicha expectativa, resultando hipotética la estimación efectuada con el juramento, el cual, de manera alguna, suple la acreditación del perjuicio, ya que el artículo 206 del Código General del Proceso solo alude a que se constituye en «*prueba del monto del perjuicio*» pero «*no a su causación, por ende, su existencia no exime al demandante probar o acreditar el perjuicio alegado*», por lo que, en últimas, la apreciación efectuada por el *a quo* acerca de aquel, fue objetiva, pues es cierto que resulta insuficiente para establecer el importe de los perjuicios, ante la ausencia de otros instrumentos de convicción que lo respalden. Veamos por qué:

En el escrito originario²⁰, aquél fue presentado de la siguiente manera:

²⁰ Fols.150 y 151, 001Cuaderno1.pdf, carpeta PrimeraInstancia, exp. 11001310304320190055806.

CARLOS ALBERTO VALDERRAMA PALACIO	\$ 600.000.000
OSCAR EDUARDO CÓRDOBA ARCE	\$ 450.000.000
FARYD CAMILO MONDRAGÓN ALY	\$ 450.000.000
FAUSTINO HERNÁN ASPRILLA HINESTROZA	\$ 450.000.000
JUAN PABLO ANGEL ARANGO	\$ 450.000.000
VANESSA CORDOBA ARTEAGA	\$ 300.000.000
NICOLE REGNIER PALACIO	\$ 300.000.000
FRANCISCO ANTONIO MATURANA GARCÍA	\$ 300.000.000
WILLINGTON ALFONSO ORTIZ PALACIOS	\$ 300.000.000
ARNOLDO ALBERTO IGUARÁN ZÚÑIGA	\$ 300.000.000
JOSE ADOLFO VALENCIA MOSQUERA	\$ 300.000.000
SANDRA LETICIA SIERRA ARGUELLO viuda de MIGUEL CALERO MARÍA ESTER ESCOBAR SALDARRIAGA, JOSÉ DARÍO ESCOBAR SALDARRIAGA y SANTIAGO ESCOBRA SALDARRIAGA hermanos	\$ 300.000.000
de ANDRÉS ESCOBAR SALDARRIAGA	\$ 300.000.000
IVÁN RENÉ VALENCIANO PEREZ	\$ 300.000.000
VÍCTOR HUGO ARISTIZÁBAL POSADA	\$ 300.000.000
TOTAL	\$ 5.400.000.000

Ya con la contestación, se objetó dicho juramento, luego que la entidad demandada indicara que:

IV. JURAMENTO ESTIMATORIO

En los términos establecidos en el artículo 206 del Código General del Proceso, me **opongo y objeto íntegramente el juramento estimatorio hecho por la Parte Demandante por carecer de fundamento fáctico y jurídico**. La Parte Demandante alega que los supuestos perjuicios que sufrió por la presunta conducta de mi representada tienen una estimación de CINCO MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (COP\$5'400'000.000), sin embargo, y teniendo en cuenta la completa ausencia de pruebas aportadas por la Parte Demandante, queda claro que la estimación no tiene ninguna justificación legal o económica por las siguientes razones:

ii. Ausencia de pruebas cuantificables. La Parte Demandante en su escrito declara que

La estimación de los perjuicios de la Parte Demandante, parte de la siguiente premisa:

“Para determinar honorarios para asuntos publicitarios de figuras, es bien conocido que estas no tienen una tarifa, sino que corresponderán a la tarifa que fijen las figuras en razón a su condición y reconocimiento por parte del público”.

Lo anterior carece de fundamento fáctico y deja en evidencia que el juramento estimatorio de la parte Demandante es claramente construido a través de apreciaciones subjetivas, tendientes a buscar obtener dinero a cualquier título. Este supuesto método para determinar honorarios se aleja de la realidad del mercado y de las prácticas de la industria publicitaria. El valor económico que una marca debería pagar a una figura pública por promocionar sus productos o servicios no parte de la aspiración económica unilateral de la figura pública, sino que se tienen en cuenta otras variables objetivas cualitativas y cuantitativas como su notoriedad pública, reconocimiento nacional e internacional, influencia de mercado (lo que han ganado las marcas con el uso de imagen), carisma, popularidad actual, volumen de contratos de publicidad con otras marcas, lo que ha cobrado en promedio por estos contrato, y por supuesto la más elemental ley de demanda y oferta, entre otras

La Parte Demandante no presentó **ninguna** prueba para respaldar sus pretensiones ni justificaciones, lo que deja sin asidero las pretensiones de cada uno de los Demandantes, ya que no solo es necesario solicitar los perjuicios, sino probarlos.

Por otra parte, la Parte Demandante afirma que en *“conversación sostenida entre Victor Hugo Aristizabal y Rene Higuita, se pudo establecer que le fue cancelada a Rene Higuita la suma de \$300.000.000 por concepto de honorarios por concepto de honorarios por la Campaña realizada entre 15 de mayo de 2019 y julio 15 de julio de 2019”*. Esta supuesta charla, que por supuesto no tiene ningún valor probatorio ya que ni siquiera se solicita como prueba en la Demanda, tampoco explica la tasación de los supuestos perjuicios a los Demandantes, **toda vez que es falso que a Rene Higuita le fue cancelada por Bancolombia la suma mencionada a cambio de licenciar su imagen para que fuera coleccionable de la Campaña, lo cual nuevamente se niega de manera indefinida, por lo que serán los Demandante quienes tendrán que probarlo.**

Adicionalmente, la Parte Demandante, sin acreditar prueba alguna afirma que está “*demostrado que durante el primer mes de la Campaña se generó un consumo a favor de Bancolombia de \$23, 400.000.000 por la entrega de los Coleccionables*” Bancolombia como entidad del sector financiero, mueve importantes recursos económico por diferentes operaciones comerciales y de crédito, por lo que pensar que los ingresos de un banco como Bancolombia se dan como consecuencia de una (1) campaña publicitaria (de las cientos que hace), es erróneo y antitécnico. De ser así, cualquier persona que haga una campaña publicitaria tendría un banco. Por supuesto y se desprende del menor análisis económico, administrativo y legal, que los ingresos que tiene Bancolombia no están dictados por una campaña, tal como equivocada y malintencionadamente quieren los Demandados presentar.

En este punto, además de que la Parte Demandante no aporta **ninguna prueba** para sustentar estas supuestas ganancias de Bancolombia por una campaña, tampoco acredita una relación de causalidad entre la supuesta ganancia obtenida por Bancolombia y la Campaña, mucho menos entre el supuesto uso no autorizado de la imagen los Demandantes y los supuestos ingresos generados a Bancolombia. Sobra decir que no es por esta campaña ni una campaña publicitaria que las personas, por ejemplo, obtienen un crédito hipotecario con Bancolombia, obtiene una tarjeta de crédito o depositan con confianza sus ahorros. Las personas usan Bancolombia por buenas tasas de interés, el manejo de la tecnología, la seguridad que da un banco con la solvencia y transparencia de Bancolombia, entre otros factores. Los consumidores del sector financiero no escogen un banco por una figurita coleccionable, por lo que no tiene ningún fundamento la extraña conexión que hace la Parte Demandante con los ingresos de Bancolombia

Teniendo en cuenta todo lo anterior, no existe ningún fundamento legal, contable o económico para establecer que el valor de la imagen de los Demandantes es el consignado en las pretensiones de la Demanda, ya que esta suma se sale de cualquier realidad del mercado y como hemos mencionada fue fijada a través de apreciaciones subjetivas arbitrarias y no fue determinada por ninguna variable objetiva de mercado, ni siguiendo ninguno de los parámetros de Ley.

Adicionalmente, la Parte Demandante **alega que los perjuicios que se le causaron son a título de daño emergente**, en consecuencia, también debería acreditar que Bancolombia efectivamente le causó **daños reales y comprobados** a los Demandantes por los (COP\$5' 400.000.000) solicitados. Así lo establece el artículo 1616 del Código Civil Colombiano:

“ARTICULO 1614. <DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE>. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”

Lo anterior quiere decir que el daño emergente constituye un perjuicio o pérdida que se deriva de un incumplimiento de un tercero. Sin embargo, el Demandante no alega ninguna prueba, que sirva como prueba de los supuestos perjuicios que alega haber sufrido.

El juramento estimatorio no solo no cumple con ninguno de los requisitos de Ley, sino que no es sustentado con prueba alguna. En todo el expediente no hay una sola prueba del supuesto daño (ni podría haberla pues Bancolombia hizo un uso legal de la imagen de la Selección) y menos por esa suma salida de cualquier contexto. Reitero que me **opongo y objeto íntegramente el juramento estimatorio hecho por la Parte Demandante por carecer de fundamento fáctico y jurídico y no cumplir ninguno de los requisitos de Ley.**

Con el descorrimiento de la objeción, el mandatario judicial de los demandantes, expresó básicamente similares argumentos a los traídos con la demanda, arguyendo, además, que:

«[d]entro de los presupuestos indicados anteriormente se puede afirmar que en este caso específico Bancolombia y los 30 jugadores no fueron socios para la campaña publicitaria.

En el segundo presupuesto, partiendo del supuesto de sólo la entrega de 468.000 figuras coleccionables por mínimo valor de \$50.000, el 30% del valor total correspondería a \$7.020.000.000.

En el tercer presupuesto de pactarse unos honorarios, partimos de la conversación sostenida entre Víctor Hugo Aristizábal y René Higuíta, en donde informó este último que había recibido \$ 300.000.000, lo que nos sumó un total de la cuantía de \$ 5.040.000.000.

Partiendo de una comparación entre el presupuesto 2 y del

presupuesto 3, la mayoría de los demandantes indicaron que se encontraban en las mismas condiciones que lo indicado por René Higuita, y valor inferior al del presupuesto 2 por el que hubieran acordado estar dentro de la campaña publicitaria, siendo justos y equitativos con el conocimiento que tienen los Colombianos de ellos y su trayectoria como futbolistas del orden nacional e internacional.

Por su parte Carlos Alberto Valderrama, Faustino Asprilla, Oscar Eduardo Córdoba, Faryd Camilo Mondragón y Juan Pablo Ángel, cuantificaron una suma superior a la indicada por René Higuita, pero inferior a la indicada en el presupuesto 2, en razón a que gozan de un mayor good will que las demás figuras, pues están saliendo con mayor ocasión en medios de comunicación y medios digitales que los posicionan mejor en el mercado de imagen».

De la simple lectura del texto de la norma transcrita, así como de los argumentos en los que se cimentó su objeción el extremo pasivo, fulgura el acierto del *a quo* al desechar el alegato de la parte demandante, quien aspira a superar la deficiencia probatoria del valor de los perjuicios materiales reclamados, amparados en la memorada figura, pues, se insiste, el «*juramento estimatorio*», no es plena prueba de estos, por la potísima razón de que fue atacada su cuantía por Bancolombia, y para tal cometido, solicitó la práctica de un dictamen pericial²¹, el cual se decretó, para que se especificara lo siguiente:

«se despeje la pregunta ‘¿Cuál fue el monto recaudado de ingresos por cada uno de los Demandantes en cada uno de los años 2018, 2019 y 2020 exclusivamente por concepto de uso publicitario de su imagen? Para efectos de este dictamen y conforme lo ordena la Ley, solo pueden tomarse eventuales ingresos que haya tenido cada uno de los Demandantes por estos conceptos y que hayan sido objeto de todas las cargas y pagos tributarios, así como el pago de parafiscales, especialmente pagos y reportes a la UGPP. Cualquier ingreso por este concepto que no haya sido objeto de pagos de los tributos de Ley y parafiscales de UGPP, no solo no podrá tenerse en cuenta por ser objeto de evasión de impuestos, sino que debe reportarse a la DIAN y la UGPP’, y los demás elementos que considere necesarios para su defensa».

El trabajo fue presentado por el perito Simón Restrepo Barth, a través de dos documentos [082AllegaPeritaje.pdf y 144Peritaje.pdf, carpeta 01, Cuaderno1, Primera Instancia, exp. 11001310304320190055806]. Veamos el desarrollo y la conclusión

²¹ Documento 047AutoFijaFecha.pdf, carpeta 01Cuaderno1, Primera Instancia, exp. 11001310304320190055806.

del mismo:

a. Primer documento:

Solo se analizaron los casos de Ivan René Valenciano Perez, Nicole Reignier Palacio, Victor Hugo Aristizabal Posada, porque fueron los únicos que aportaron, al menos en parte, la documentación requerida por el perito. La conclusión de ese trabajo fue la siguiente:

«tomando como base el análisis realizado y basados (sic) en la información que se entregó correctamente soportada, podemos concluir que Iván René Valenciano y Nicole Regnier tuvieron ingresos promedio por uso publicitario de imagen de COP \$5.902.929, sin embargo ninguno de los dos realizó aportes a seguridad social sobre la totalidad de sus ingresos. Dado que no tenemos el detalle de cuales ingresos fueron reportados en las planillas y cuáles no, dejamos a consideración del Honorable Juez, si estos ingresos deben ser tenidos en cuenta o no, teniendo en cuenta (sic) las obligaciones legales de cotización y pago de impuestos.

Los demandantes Faustino Hernan Asprilla, Francisco Antonio Maturana García, Carlos Alberto Valderrama Palacio y Willington Alfonso Ortiz Palacios, no entregaron información detallada como se solicitó, presuntamente incumpliendo el artículo 78 del Código General del Proceso, que consiste en prestar al juez su colaboración para a práctica de pruebas y diligencias.

Con base en lo anterior, al no existir documentos que soporten sus ingresos a título personal con los soportes legales, nuestro análisis concluye que sus ingresos por imagen o publicidad son de COP \$0, motivo por el cual no entregaron información alguna, al no tener ingresos por estos conceptos.

El demandante (sic) Oscar Eduardo Cordoba Arce y Victor Hugo Aristizabal Posada no presentaron información sobre ingresos recibidos a título personal sino eventuales ingresos recibidos por un tercero que NO es parte del proceso. El demandante Faryd Camilo Mondragon Aly, no aportó soportes de seguridad social como independiente, por tanto sus ingresos no pueden ser tenidos en consideración para este peritaje, ya que no cumplen los requisitos de ley».

b. Segundo documento:

En esta oportunidad, se estudiaron los casos de Juan Pablo Angel Arango, Vanessa Cordoba Arteaga, Arnoldo Iguarán Zúñiga y Adolfo José Valencia Mosquera, por cuanto a estos mandatos se les amplió el término de presentación de la documentación

requerida hasta el 22 de septiembre de 2022. La conclusión de ese trabajo, también fue que por concepto de publicidad, entre los años 2018 a 2020, no percibieron ningún ingreso.

Pues bien, luego de analizado ese dictamen, observa la Sala que era viable que **la objeción al juramento estimatorio se estimara**, si en cuenta se tiene que el artículo 206 *ejusdem*, aun cuando señala que aquél no puede constituirse como plena prueba de los perjuicios en el caso de ser objetado, también preceptúa que «[s]olo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación», cometido que logró Bancolombia S.A., pues además que la aludida pericia especificara que no existía material suficiente para establecerlos, en tanto que la mayoría de los jugadores no anexaron la documentación requerida por el perito para tal fin, y los que sí lo hicieron, los adosaron de forma incompleta, no existe medio de convicción alguno aportado por los demandantes del que pueda establecerse *i)* cuáles serían sus honorarios para la campaña comentada, de acuerdo al mercado actual y a las prácticas de la industria publicitaria, en tratándose de una figura pública, y *ii)* si las variables cualitativas y cuantitativas a tener en cuenta como lo son la notoriedad pública y el reconocimiento nacional e internacional de los jugadores, tienen o no una mayor influencia en el mercado.

Apréciase, además, que aun cuando se afirmó en la demanda que el jugador René Higueta cobró a Bancolombia por la campaña que viene de comentarse, la suma de \$300.000.000, según conversación sostenida por éste con Víctor Hugo Aristizábal «*Aristigol*» (demandante), ni el primero fue citado como testigo para que declarara acerca de tales hechos, ni cuando el abogado demandante interrogó al segundo, preguntó sobre ese respecto, con el fin de fijar fehacientemente ese alegato a favor de sus representados, perdiendo con ello, una buena oportunidad para desvirtuar el ataque contra el juramento.

Entonces, son volátiles los posibles detrimentos ocasionados

por la convocada a juicio, como resultado de su trasgresión al derecho de la propia imagen de las estrellas del balompié convocantes, ya que en el escrito introductor solo se limitaron a insistir en que por esa especialísima condición y el reconocimiento, no solo nacional sino internacional del que gozan, se hacían merecedores de las sumas que instaron; empero no ejercieron ni el más mínimo esfuerzo para dejar por sentado que, en efecto, si hubieren sido debidamente contratados por el banco demandado o cualquier otro sujeto interesado en ellos, hubieren sido acreedores de aquéllas sumas de dinero.

Eso es así porque, aunque en materia de indemnización de perjuicios rige el principio de reparación integral a la luz del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, este no releva al lesionado del deber de demostrar fehacientemente a cuánto asciende el mismo, como indicó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SC5142-2020, al memorar que

«aunque el daño debe ser íntegramente indemnizado, ello no significa que la víctima esté liberada de probarlo y fijar su cuantía, pues la Corte tiene dicho que:

'[c]omo de conformidad con el principio de la necesidad de la prueba (art. 174 del C. de P. Civil), toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, el reconocimiento judicial de una pretensión que tenga como objeto la indemnización de un perjuicio, supone la demostración de todos y cada uno de los elementos que configuran la tutela jurídica de dicha pretensión, incluyendo, por supuesto, el daño, salvo aquellos eventos de presunción de culpa, de conformidad con la doctrina de la Corte, y la presunción de daños de acuerdo con la ley, como en los casos de los artículos 1599 y 1617 num. 2 del C. Civil. Sin embargo, una es la prueba del daño, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio. De ahí que la doctrina haga alusión al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal (dinero), como patrón de referencia para determinar la mensura, por cuanto considera que dada su simplicidad y universalidad, es el que más conviene al tráfico de las reparaciones, caso en el cual opera una reparación por equivalencia o propiamente indemnizatoria, por oposición a la reparación natural que implica 'volver las cosas al estado que tendrían si no hubiera ocurrido el hecho dañoso' (CSJ SC, 9 agos. 1999, Rad. 4897)».

3.3.2. Y en aras de ahondar en razones desestimatorias de la alzada de los demandantes, véase que las pretensiones que elevaron, gravitan alrededor del perjuicio material denominado «*daño emergente*», definido en el artículo 1614 del Código Civil, como «*el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*». Esa misma disposición establece, en lo relacionado con el lucro cesante, que este se traduce en «***la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento***».

Por consiguiente, refulge patente que los demandantes, entre otras, desacertaron en la modalidad de perjuicio material en la que encasillaron sus ruegos, pues más que un daño emergente, por las particularidades del caso, el mismo se enmarca en la genealogía del **lucro cesante**.

4. Corolario, ante la improsperidad de los puntos en que se basó la alzada, todos ellos relacionados con la supuesta demostración de los perjuicios reclamados, se confirmará la determinación confutada y se condenará en costas de esta instancia a la parte demandada, de conformidad a lo normado en el canon 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia el 18 de enero de 2023, por el Juez 43 Civil del Circuito de Bogotá,

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante, de conformidad a lo normado en el canon 365 del Código General del Proceso. La Magistrada Ponente fija como agencias en derecho por la tramitación del recurso, la suma de 5'000.0000.

TERCERO: DEVOLVER el proceso a la autoridad de origen, una vez en firme este fallo, por Secretaría de la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

(043-2019-00558-05)

JORDE EDUARDO FERREIRA VARGAS

(043-2019-00558-05)

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

(043-2019-00558-05)

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano

Magistrada

Sala 021 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d5d7abf6d33feaa74a25c54a98eef59e8392da61f5aa0b77f226199dd07394c3**

Documento generado en 22/05/2024 04:52:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>