



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado ponente

AC2750-2018

Radicación n.º 11001-31-99-001-2014-22180-01

(Aprobado en sesión de 21 de febrero de dos mil dieciocho)

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018).

La Corte se pronuncia sobre la admisibilidad del libelo presentado por la demandante para sustentar el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 17 de mayo de 2017.

I. EL LITIGIO

A. La pretensión

Telmex Colombia S.A. demandó a Dayscript S.A.S. para que se declare que la citada: *a)* incurrió en actos de desviación de clientela; *b)* incurrió en explotación de la reputación del portal golgolgol.net —de propiedad de la actora— para su propio beneficio; *c)* incurrió en actos de

confusión; y d) de forma subsidiaria, que incurrió en la prohibición general de actos de competencia desleal.

Solicitó, en consecuencia, que se le ordene a la demandada suspender y abstenerse de repetir los actos desleales; que remueva los efectos causados, inclusive «... *la entrega inmediata de todos los seguidores, fans, accesos únicos y contenidos derivados de las redes sociales del portal... que se perdieron o desviaron a la página 'VIVEFUTBOL.CO', o los potenciales que hubiese podido obtener...*»; y que pague, a título de indemnización de perjuicios, \$1.940'902.400 por el «*costo de la pérdida por el contenido no recuperable...*»; \$1.940'902.400 por el «*costo de reconstrucción de redes sociales...*»; y \$641'167.659, por el lucro cesante, con su actualización monetaria.

B. Los hechos

1. Telmex Colombia S.A. ejerce su actividad en el sector de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información.

2. Dayscript S.A.S., cuya actividad es proveer servicios de red, «*ha diseñado, construido, desarrollado y actualizado*» las bases de datos y los contenidos de internet de TV Cable S.A., entidad que fue absorbida por la demandante, y de esta última.

3. El 15 de marzo de 2008, la actora registró el dominio «*GOLGOLGOL.NET*», con el propósito de publicar

información deportiva del fútbol profesional colombiano e internacional.

4. La demandada, desde los inicios del portal, fue contratada para ser la desarrolladora y responsable del mismo.

5. Dayscript, mientras administró las redes sociales del sitio de internet, conquistó, aproximadamente, 167.000 seguidores de Twitter y 129.000 en Facebook (folio 159, cuaderno 1).

6. El 11 de diciembre de 2013, la citada registró el dominio «VIVEFUTBOL.CO», con el propósito de competir en el mercado de información deportiva con el sitio de la actora, pese a que aún tenía un vínculo contractual vigente con esta última.

7. Telmex, en uso de una facultad contractual, terminó unilateralmente el vínculo el 21 de febrero de 2014.

8. Luego de lo anterior, la demandada renombró la cuenta y cambió el logo, con lo que logró *«re direccionar el tráfico de seguidores de Twitter del portal de TELMEX a su sitio web ‘VIVEFUTBOL.CO’»* (Folio 160, cuaderno 1).

9. Según los registros, *«la frecuencia de rastreo»* de su portal cayó cuando desaparecieron sus redes sociales, mientras que el sitio de la demandada empezó *«a registrar de la noche a la mañana, una inusitada cantidad de*

rastreos», y un ascenso «inesperado y vertiginoso de seguidores a partir de febrero de 2014»,

10. La demandada también cerró la cuenta de Facebook del portal golgolgol.net, la que redirigía a *«una página desierta...»*, con lo que le hizo perder todos sus seguidores y contenidos en la mencionada red social.

11. Lo anterior sucedió a tan solo unos meses del mundial de fútbol *«Brasil 2014»*, lo que le causó perjuicios.

12. Así mismo, la citada promociona sus servicios con el uso no autorizado del sitio web de Telmex, con lo que desinforma.

13. De tal forma, Dayscript se aprovechó de cuatro años de esfuerzo empresarial, y estropeó su *«evolución y avance a convertirse en la página deportiva de fútbol más importante e influyente del país»*.

C. El trámite de las instancias

1. La Superintendencia de Industria y Comercio — Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales— admitió la demanda el 2 de junio de 2015 (folio 186, cuaderno 1).

2. Dayscript S.A.S. se opuso y formuló las excepciones que denominó *«inexistencia de los actos de competencia desleal demandados, por razón de la ausencia de los supuestos fácticos y jurídicos que los sustentan»*, *«ausencia*

de legitimación en la causa por activa respecto de los actos de explotación de la reputación ajena», «indebida escogencia de la acción de competencia desleal para ventilar controversias contractuales». Adujo que la salida del aire del portal de la demandante se debió a su propia culpa; que hizo *«plena entrega y a satisfacción... de la totalidad de elementos a los que se encontraba obligado contractualmente»*, tanto así, que ninguna queja emitió dicha parte en el acta de entrega; la pérdida de tráfico y visitas a su portal son atribuibles a Telmex, que puso fuera del aire a su página; eran ciertas las referencias de experiencia que reseñó; la actora no acreditó su legitimación en la causa en relación con los actos de explotación de la reputación ajena, pues *«dicha reputación será exclusivamente de Claro S.A. de Brasil»* y no de su licenciataria; y la controversia planteada era de tipo contractual, por lo que la demanda *«carece de aptitud para ser tramitada y decidida»*. También objetó el juramento estimatorio que hizo su contraparte.

3. El juzgador de primera instancia, el 24 de enero de 2016, resolvió: a) declarar que la demandada *«incurrió en la violación de la conducta descrita en el artículo 7.º (Prohibición General)»*; b) condenar a dicha entidad a pagar a la actora \$372'891.122 *«por indemnización de perjuicios»*, y negar las demás pretensiones.

Consideró, en relación con el acto desleal de desviación de clientela, que no fue acreditado, porque no hay prueba de que los clientes del demandante hayan sido

direccionados o desviados. Sus clientes no son los seguidores de las redes sociales sino los anunciantes que pagan por una pauta publicitaria.

La demandada no incurrió en el acto de confusión, pues no presentó su producto o servicio en forma tal que confundiera a los usuarios interesados que pensaban en ingresar al portal de la demandante.

En cuanto al acto desleal de explotación de la reputación ajena, indicó que Telmex es el titular de la marca «*golgolgol.net*», así como de «*Claro*». En el portal de la citada se utilizan signos distintivos de la demandante sin contar con su autorización. Sin embargo, dicho uso se hizo con «*una finalidad diferente*», que fue mostrar su experiencia en el mercado, y no para promocionar sus productos o servicios.

El acto de prohibición general sí se demostró, pues la demandada se apropió injustificadamente de las redes sociales de la actora, pese a que las mismas hacen parte «*del ecosistema digital*» que se genera alrededor de un portal, y allí interactúan sus seguidores. Tal proceder fue injustificado y arbitrario, y quebrantó la buena fe y usos mercantiles. La citada, sin ningún esfuerzo empresarial, abrió su portal y se benefició de los seguidores de Telmex.

Por daño emergente, reconoció el porcentaje que aportaron las redes sociales al sitio «*golgolgol.net*», que fue del 5.39% sobre 970'451.200 del ingreso calculado por el

perito, que equivale a \$52.307.319. Por lucro cesante reconoció \$320'583.803. No había lugar a imponer una sanción por exceso del juramento estimatorio, porque el actor fue diligente en su labor de demostrar el perjuicio.

4. Las dos partes apelaron.

La demandante se quejó por el monto de los perjuicios reconocidos. La tasación —adujo— se sustentó en una apreciación equivocada de los peritajes; el experto que citó su contraparte carecía de conocimientos sobre la valoración de activos digitales; se rompió el equilibrio procesal con el decreto de la última prueba; no se tuvo en cuenta lo que significaba *«el doble esfuerzo empresarial»* que tuvo que asumir para la recuperación de la marca; el costo por la pérdida de redes sociales también se demostró con la *«infografía que publicó la revista digital “Social Media Today”*», que mencionó el experto Fernando Basto; el juzgador no hizo mención del concepto *«mercadotecnia 360»*, que explica por qué para la reconstrucción de las redes sociales *«... el tráfico que estas aportaban al portal era irrelevante para calcular el perjuicio causado...»*, pues no solo proveen tráfico al portal, sino que construyen y posicionan la marca.

Por su parte, la demandada sostuvo que las redes sociales no hacían parte de la asesoría contratada por la actora; la gestión de las mismas fue fruto del esfuerzo empresarial de ese ente y de sus propios recursos; no existe prueba de que las variaciones de los niveles de facturación

de Telmex obedezcan a la disminución de tráfico en su portal, que se hayan presentado en el periodo alegado, ni que ello fuera responsabilidad de la demandada; la disminución del ingreso fue consecuencia de la pérdida que sufrió la actora de los derechos de retransmisión del fútbol profesional colombiano, y el pobre manejo de su portal; el juzgador de primer grado *«entendió que el lucro cesante debía dividirse por el 50%, sin embargo, olvidó señalar que el ingreso disminuido afectaba a toda la facturación y no sólo a aquel teóricamente asociado a redes sociales, de manera que, en justicia, lo único razonable era dividir nuevamente los 320 millones, por el 5.39% de manera que se obtuviera el valor teórico que representaría el 5.39% de tráfico en el marco general de las pérdidas acusadas por Telmex»*.

5. El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 17 de mayo de 2017, modificó la providencia apelada y, en su lugar, dispuso: *«a título de perjuicios, la demandada sólo deberá pagar a su contraparte la suma que en ese fallo se calculó por concepto de daño emergente, es decir, \$52'307.319»*.

Consideró que la creación de las redes sociales para la página de internet *«golgolgol.net»*, por parte de la demandada, tuvo como fin cumplir de mejor manera las obligaciones de hacer que asumió. Por lo anterior, al momento de la finalización del contrato, dichas redes debían dejarse bajo el dominio de Telmex, sin que resultara indispensable estipular una cláusula que así lo dispusiera, ni que hubiese existido una remuneración por tal concepto.

Por tratarse de un litigio de competencia desleal y no de cumplimiento o responsabilidad contractual, no se requería que la actora probara que contrató y pagó la creación de redes sociales. La infracción a la prohibición general del artículo 7.º de la Ley 256 de 1996 se produjo cuando se renombró la cuenta de Twitter que antes estuvo asociada al portal de la demandante, lo que admitió el representante legal de Dayscript.

En cuanto a la tasación de los perjuicios, adujo, en lo relacionado al daño emergente, que la demandante pidió por tal concepto \$1.940'902.400 por «costo de la pérdida del contenido no recuperable» y otra suma igual por «costo de reconstrucción de redes sociales».

El *a quo* estuvo acertado —indicó— al negar la indemnización por el primero de los conceptos aludidos, ya que la actora nunca precisó «cuál era exactamente ese 'contenido' que, en virtud del proceder desleal que le endilgó a su contraparte, ella perdió de manera irreversible» y tampoco explicó qué justificaba el monto.

Los testigos técnicos Aníbal Palomino Vargas y Jaime Espinosa Jiménez manifestaron que el «contenido» no forma parte de las redes sociales sino del portal al que están asociadas, el que «siguió bajo el dominio y control de la parte actora», y el perito Fernando Antonio Basto Correa sostuvo que el histórico de las publicaciones efectuadas en la cuenta de Twitter «no sufrió mengua alguna». Así mismo, en el acta de liquidación del contrato Telmex expresó que

recibió a satisfacción las plantillas usadas para el desarrollo del portal, las piezas gráficas utilizadas en el mismo, las bases de datos de contenido y la información estadística de cada torneo generadas después del lanzamiento del portal, lo que *«impide asumir... que Telmex realmente sufrió una pérdida de 'contenido no recuperable' que pueda estimarse en casi dos mil millones de pesos»*.

De otra parte, en lo que tiene que ver con el *«costo de recuperación de redes sociales»*, indicó que no era viable su reconocimiento.

En la demanda se pidió el resarcimiento derivado de *«las sumas que mensualmente paga Telmex a las sociedades Mas Uno Sport S.A.S. y Sport 195 Colombia S.A.S., para la 'elaboración de contenido y hosting de contenido para el sitio www.golgolgol.net' y 'por concepto de servicios de manejo y desarrollo de la estrategia de redes sociales para el sitio'»,* por lo que era incongruente la argumentación relativa al costo de cada seguidor de Twitter o de Facebook, y la concerniente al concepto de *«mercadotecnia 360»*, a que hizo referencia el testigo Enrique Neira, pues tales alegaciones *«fueron por entero ajenas al reclamo indemnizatorio que se formuló en la demanda»*.

Los pagos que la demandante hizo a Sport 195 Colombia S.A.S., según las certificaciones que aportó, no tenían como propósito *«recuperar las redes sociales»* sino *«elaborar contenido y hosting de contenido para el sitio...»*, lo que no podía ser materia de reconocimiento. Tampoco se

acreditó que hubiese contratado a Mas Uno Sport S.A.S. *«específicamente para ‘recuperar las redes sociales’*», sino para *«manejar y desarrollar la estrategia de redes sociales»*, según la certificación que se allegó.

Respecto al lucro cesante, indicó que la demandante aportó una certificación contable que expidió su revisor fiscal en la que se registraron las utilidades que obtuvo Telmex de enero de 2013 a mayo de 2014 por ingresos relacionados con el portal, y a partir de allí el perito calculó por lucro cesante pasado y futuro \$641'167.659.

Sin embargo, tal documento contable era insuficiente, pues no se allegó el sustento del mismo, y en la inspección judicial los empleados de la actora manifestaron no tener libros oficiales exclusivos del portal, y solo contar con *«soportes de cuentas por cobrar, ordenes de compra, costos, gastos y cuentas por pagar»*.

El perito Luis Fernando Rodríguez Naranjo afirmó que según la información proporcionada, no podía tener *«garantía de que la disminución o incremento de los ingresos se debe exclusivamente a las ventas del portal...»*. Preciso que la incorporación de tal prueba se hizo en forma legal, según el artículo 228 del Código General del Proceso, y atendiendo las facultades oficiosas del juzgador; además, su concepto fue propio de la ciencia contable.

En todo caso, no se acreditó que *«esa eventual mengua en los rendimientos económicos del portal virtual, fue*

ocasionada, como causa eficiente, por la pérdida de las redes sociales...». El perito Fernando Antonio Basto Correa manifestó que el portal permaneció sin funcionamiento por un periodo de tiempo «significativo», y el testigo Gabriel Francisco Briceño relató que Telmex, en el año 2012, perdió los derechos de retransmisión de los partidos del fútbol profesional colombiano, que antes ostentaba de forma exclusiva, lo que coincidió con la disminución progresiva y constante de tráfico en el portal. Y en la certificación contable expedida por la actora se observan altibajos «importantes» en el nivel de ingresos de la compañía aun cuando se mantenían las redes sociales.

Por último, consideró improcedente ordenar a la demandada la suspensión de los actos de competencia desleal, pues la conducta censurada era instantánea y no sucesiva, lo que impide que se ordene una «cesación», y en la actualidad no existen entre las partes «relaciones negociales».

6. La demandante formuló el recurso de casación.

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Su acusación se sustentó en dos cargos.

CARGO PRIMERO

Fundada en la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso, alegó la violación indirecta de

los artículos 2341 del Código Civil, 20 de la Ley 256 de 1996, 16 de la Ley 446 de 1998 y 176, 206, 232, 235, 281 y 283 del Código General del Proceso, por error de hecho en la apreciación de las pruebas.

El Tribunal no tuvo en cuenta el peritaje elaborado por Fernando Basto; las publicaciones especializadas que avalan ese trabajo; la oferta que presentó la demandada el 24 de diciembre de 2013 para el mantenimiento y operación del portal; la infografía de la revista digital *«Social Media Today»* que allegó como fundamento de sus alegatos; la *«evidencia No. 18 de la bitácora probatoria y la aceptación del hecho 14 de la demanda»*. También alteró el contenido de lo que manifestó el perito Fernando Basto; de lo declarado por los testigos Jaime Espinosa y Aníbal Palomino; del acta de liquidación del contrato; de lo informado por Nidia Valbuena Castiblanco en la inspección judicial, y el dictamen rendido por Luis Fernando Rodríguez Naranjo.

El dictamen pericial de Fernando Basto no fue apreciado. Allí, el experto mencionó la importancia del contenido que se genera en las redes sociales; también se pronunció sobre los activos digitales que se perdieron. Por tal razón, se equivocó al afirmar que no se precisó cuál fue el contenido no recuperable, y también al indicar que en redes sociales no es posible generar contenido propio. No se pronunció sobre la pérdida de exposición de las marcas y sus seguidores, la afectación de visibilidad de las redes

sociales y la implementación de estrategias en mercadeo digital que se necesita para recuperar su posicionamiento.

Alteró *«el contenido material»* de lo manifestado por el experto en la audiencia, pues nunca afirmó que el contenido de la red social Twitter no se perdió.

No se advirtió lo que la actora tuvo que pagar a los nuevos proveedores de servicios para el *«diseño de estrategias y creación de contenidos en sus redes sociales»*, lo que fue tomado por el experto como *«criterio o indicador para calcular el costo de recuperación de las mismas»*. Las sumas entregadas a los nuevos proveedores se tomaron como *«valores de referencia o precios de mercado para tasar el perjuicio»*. Para la reparación integral, el Tribunal debió condenar a la demandada a pagar el contenido perdido y lo que tuvo que cancelar por la recuperación de las redes sociales en el lugar de posicionamiento que antes tenían, lo que el experto llamó *«doble esfuerzo empresarial»*. El juzgador centró su atención *«apenas»* en las certificaciones de lo que le estaba pagando a Mas Uno Sport S.A.S. y a Sport 195 Colombia S.A.S. para el diseño de estrategias digitales y creación de contenido.

No tuvo en cuenta la propuesta que le envió la demandada, de 24 de diciembre de 2013, para la administración de las redes sociales, que tasó en \$95'500.000., y una presentación en la que indicó que el precio para llevar a cabo las mejoras propuestas y mantener el ritmo de crecimiento era \$82'500.000., sumas que

diferían con lo pagado en la actualidad, por lo que la condena por daño emergente fue insuficiente.

El *ad quem* no valoró las publicaciones especializadas y la *«infografía del 25 de noviembre de 2015»*, aducidas por el perito y en los alegatos de conclusión. Allí se destacó que *«lo pagado al personal contratado para diseñar estrategias digitales y generar contenido en las redes sociales, constituye un factor determinante para calcular el costo de reconstrucción...»*. Tampoco observó el valor de los seguidores, cuya suma aproximada era \$1.006'766.180, ni valoró lo indicado en publicaciones como la revista *«Forbes»*, y *«The Economist»*.

La objeción al juramento estimatorio *«abre la puerta para solicitar una condena mayor a la indicada en la estimación juramentada y por ende la posibilidad que se dicte un fallo ultra petita»*, y en cumplimiento del principio de reparación integral el juzgador debió condenar a la demandada incluso por conceptos que no fueron discriminados en la estimación juramentada.

En la evidencia 18 de la bitácora probatoria la demandada aceptó que el portal ocupaba el primer lugar y tenía un tráfico representativo, lo que también acreditó el *«tráfico orgánico»*. Allí se observa que *«reporta 2.000.000 de visitas mensuales a la página de Telmex»*. En la etapa de fijación del litigio, la citada aceptó el hecho 14 de la demanda, en donde se hizo alusión a su potencial.

Alteró el contenido de los testimonios de Aníbal Palomino y Jaime Espinosa, pues ninguno de ellos sostuvo que *«el contenido constituya parte inescindible y exclusiva del portal»*.

También alteró el acta de liquidación del contrato, pues consideró que el contenido creado en las redes sociales no se perdió. Aunque el portal y las redes sociales hacen parte de un *«ecosistema digital»*, la pérdida de uno de ellos no se resarce por el hecho de que el otro siga funcionando. Quedó probado que para recuperar el contenido se requiere contratar por lo menos otro equipo digital.

Distorsionó el testimonio de Nidia Valbuena en la inspección judicial, pues el hecho de que el portal no tenga un libro oficial exclusivo no significa que *«no cuente con la información contable que le sirvió de soporte al revisor fiscal para emitir su certificación para el cálculo del lucro cesante»*. Los soportes contables del portal fueron aportados en la diligencia, en los que se observa la disminución abrupta en la facturación.

No se apreció en conjunto el testimonio de Gabriel Briceño, que afirmó que la pérdida de las redes sociales le había causado un perjuicio grave. No tener los derechos del fútbol colombiano no afectó la posición destacada del portal, y lo relevante era el mundial Brasil 2014. No existe prueba que sus salidas del aire hayan afectado los ingresos. Y *«las facturas, notas de crédito y asientos contables que*

alimentaron el módulo SD de SAP que tuvo en cuenta el... Gerente de Facturación Fija de TELMEX, y Nidia Valbuena, para emitir sus respectivas certificaciones se encuentran en el expediente...».

Apreció erróneamente el dictamen pericial elaborado por Luis Fernando Rodríguez Naranjo. Éste no tenía experiencia en activos digitales, pese a que ello era relevante; y no lo ponderó *«teniendo en cuenta su cuestionable comportamiento en audiencia»*, y su falta de imparcialidad.

La demandada no entregó ni los seguidores, ni las claves de acceso ni los contenidos que se perdieron, como se pidió en la pretensión quinta.

CARGO SEGUNDO

Con fundamento en la causal primera del artículo 336 del Código General del Proceso, alegó la violación directa de los artículos 4.º y numeral 4º del artículo 42 de la aludida codificación.

El Tribunal no decretó pruebas de oficio para la cuantificación del perjuicio, y, por el contrario, decretó tres *«dirigidas a favorecer la estrategia de defensa de Dayscript»*, tales como un dictamen pericial *«de parte»* para suplir su carga procesal, con lo que rompió el equilibrio procesal. Es decir, utilizó sus facultades oficiosas de forma indebida.

Citó, para acreditar lo anterior, apartes de la audiencia en la que el perito traído por la demandada expuso su trabajo.

CONSIDERACIONES

1. Característica esencial de este medio de defensa es su condición extraordinaria, por la cual no todo desacuerdo con el fallo permite adentrarse en su examen de fondo, sino que es necesario que se erija sobre las causales taxativamente previstas.

Se ha dicho, además, que es ineludible la obligación de sustentar la inconformidad *«mediante la introducción adecuada del correspondiente escrito, respecto del cual, la parte afectada con el fallo que se aspira aniquilar, no tiene plena libertad de configuración»* (CSJ AC, 1º Nov 2013, Rad. 2009-00700).

La admisibilidad de la demanda depende del cumplimiento de los requisitos del artículo 344 del Código General del Proceso. Se requiere la designación de las partes, una síntesis del proceso, de los hechos y de las pretensiones materia del litigio, y la formulación separada de los cargos en contra de la providencia recurrida, con la exposición de sus fundamentos en forma clara, precisa y completa.

Según el párrafo 1.º del artículo en mención, cuando se alega la violación directa o indirecta de la ley, se deben señalar las normas de derecho sustancial que el recurrente

estime violadas, caso en el que es suficiente que se indique cualquier disposición de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa.

Sobre el particular, la Corte ha precisado:

...en el marco de dicho motivo casacional... es deber del impugnante precisar las normas sustanciales violadas, cualquiera que sea la vía que haya escogido para perfilar su acusación; la directa o la indirecta, sin que, tratándose de esta última, pueda excusarse su señalamiento a pretexto de la demostración de los errores de apreciación probatoria que se le endilgan al fallo, o de la determinación de las normas probatorias supuestamente quebrantadas —cuando se predique la comisión de un yerro de derecho—, pues si a esto último se limitare el recurrente, omitiendo la mencionada exigencia, quedaría trunca la acusación, en la medida en que no podría la Corte, al analizar el cargo, establecer oficiosamente cuáles disposiciones materiales habrían sido quebrantadas a consecuencia de los yerros que se hubieren acreditado (CSJ AC, 7 Dic. 2001, Rad. 1999-0482).

Esa exigencia que se explica porque la demanda constituye «*pieza fundamental*» en el recurso extraordinario de casación, «*...que a manera de carta de navegación, sujeta a la Corte en su tarea de establecer si la sentencia acusada violó o no, la ley sustancial*» (CSJ AC, 18 Jul. 2002, Rad. 1999-0154).

Esta Corporación tiene bien establecido que son normas sustanciales aquellas que «*...en razón de una*

situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación...», por lo que no ostentan esa naturaleza las que se «limitan a definir fenómenos jurídicos o a descubrir los elementos de éstos o a hacer enumeraciones o enunciaciones, como tampoco las tienen las disposiciones ordenativas o reguladoras de la actividad in procedendo» (CSJ AC, 5 May. 2000).

No basta con invocar las disposiciones a las que se hace referencia, sino que es preciso que el recurrente ponga de presente la manera como el sentenciador las transgredió.

Si la acusación se encamina por la vía indirecta se deberá indicar la forma como se hizo patente el desconocimiento de los elementos materiales, es decir, si la equivocación fue de hecho o de derecho, y su trascendencia en el sentido de la sentencia.

Al denunciar el yerro fáctico, al impugnante le corresponde singularizarlo e identificar los medios de convicción sobre los cuales recayó, y demostrar de qué manera se generó la supuesta preterición o cercenamiento, lo que se advierta de manera manifiesta, de tal suerte que la valoración realizada se muestre absurda, alejada de la realidad del proceso o sin ninguna justificación.

Ha repetido la Sala que la carga de demostrar el error de hecho recae exclusivamente en el censor; no obstante, *«esa labor no puede reducirse a una simple exposición de*

puntos de vista antagónicos, fruto de razonamientos o lucubraciones meticolosas y detalladas, porque en tal evento el error dejaría de ser evidente o manifiesto conforme lo exige la ley» (CSJ SC, 15 Jul. 2008, Rad. 2000-00257-01; CSJ SC, 20 Mar. 2013, Rad. 1995-00037-01).

2. El recurrente, en el cargo primero, que se sustentó en la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de las pruebas, no demostró el error manifiesto del *ad quem*, como lo exige el artículo 344 del Código General del Proceso. Simplemente expuso su inconformidad con lo decidido, y planteó una valoración alternativa de las pruebas, labor con la que no acreditó el error que configura el motivo de casación. En efecto:

El Tribunal, luego de encontrar acreditada la conducta desleal de la demandada, procedió a determinar la existencia y la tasación de los perjuicios generados con ocasión de la misma, para lo que discriminó lo correspondiente al daño emergente y al lucro cesante.

En cuanto al primero, sostuvo que en la demanda se pidió el resarcimiento por «costo de la pérdida del contenido no recuperable» y por «costo de reconstrucción de redes sociales».

Negó el reconocimiento por el primero de los mencionados ítems con sustento específico en lo declarado por Aníbal Palomino Vargas y Jaime Espinosa Jiménez. Indicó que tales testigos manifestaron que el «contenido» no

formaba parte propiamente de las redes sociales, sino del portal virtual al que estaban asociadas, y dicho portal continuó bajo el dominio de la demandante.

En los minutos 4:22 y 15:34 de sus declaraciones, respectivamente, los deponentes manifestaron:

... un contenido es lo que alimenta una plataforma... lo que alimenta a un portal... El portal es un medio de comunicación electrónico que está en la red Internet y al que usted le agrega un contenido. Las redes sociales son unos desarrollos... donde las personas publican sus contenidos o los medios de comunicación colocan sus contenidos para interactuar con un público objetivo, es como un canal de comunicación entre personas y comunidad.

Y,

... el portal hace parte también de ese ecosistema y es donde vive y donde duerme ese contenido, donde está digamos que presente y las redes sociales son ese activador de ese contenido, son los que en tiempo real, como lo es Twitter lleva ese contenido a los usuarios...

Para reforzar su conclusión, reseñó un aparte de la sustentación del trabajo pericial elaborado por Fernando Antonio Basto Correa, que en la audiencia, a la pregunta de si el «time line» de la cuenta de Twitter quedó intacto luego de su renombramiento, contestó: «sí claro»; también manifestó que «todos los tweets los seguidores siguen allí... claro que sigue intacto», y que no se puede modificar el contenido de los «tweets» anteriores. El apoderado de la

parte demandada preguntó: «con lo cual los anteriores seguían en la medida en que contuvieran hipervínculos a golgolgol.net seguían redirigiendo a golgolgol.net», y contestó «al hipervínculo que tuvieran claro que sí».

Y del documento «*acta de cierre de proyecto*», visible a folio 50 del cuaderno 18, dedujo que tal parte recibió copias de «*la base de datos de contenido...*» y de «*las piezas graficas utilizadas en el portal...*» entre otras.

La equivocación del Tribunal, sus deducciones manifiestamente erradas, o lo absurdo o arbitrario de sus conclusiones, atendiendo el contenido específico de las evidencias en las que sustentó su fallo, no fue explicado por el recurrente de forma clara, precisa y completa, como lo exige la ley.

Por el contrario, a lo largo de su escrito, el censor se limitó a plantear una visión alternativa de la controversia, y calificar de «*descontextualizada*» la apreciación que hizo del dictamen; de tergiversar las declaraciones de los testigos, y tildar de impertinente el acta de entrega.

En cuanto al peritaje, citó apartes en los que el experto refirió la importancia de la «*difusión*» de contenidos a través de las redes sociales; los seguidores atraídos a través de tales medios; y una «*pérdida crítica... en el contenido planeado, investigado y publicado en su momento bajo la marca GolGolGol*». Se quejó porque en la sentencia no se hizo mención a la «*pérdida de exposición y relacionamiento*

de las marcas», a la «afectación de la visibilidad de las redes sociales... en los buscadores de Google...», y a la «implementación de las estrategias en mercadeo digital que se necesitan para poder recuperar su posicionamiento...». También, de forma genérica, sostuvo que «se pretermitieron 70 evidencias gráficas o pantallazos, 29 videos de internet con su debida estampa de tiempo...y, además, 30 pruebas digitales recopiladas...».

Es decir, la protuberante desfiguración del contenido de las pruebas en que sustentó su fallo no fue explicada de forma exacta y rigurosa. El impugnante tan solo refirió que fue equivocada la valoración de tales evidencias, aun cuando en ellas los testigos y el perito fueron enfáticos al advertir, los primeros, que los contenidos estaban presentes en el portal, y que el renombramiento de la cuenta de Twitter no afectó los hipervínculos que ya existían, los que seguían direccionando al usuario al portal *«golgolgol.net»* de propiedad de la actora, y que en el acta aludida se dejó constancia de la entrega del contenido.

La razón por la que de tales evidencias el Tribunal tuvo que colegir, como única conclusión posible, que sí se acreditó la pérdida de un contenido *«no recuperable»*, no fue expuesta por el impugnante, es decir, no señaló el error de hecho manifiesto de valoración que le endilgó al fallo.

El *ad quem* consideró que no era viable ampliar el reconocimiento por *«costo de recuperación de redes sociales»*.

Se sustentó, para negar la indemnización por la suma solicitada, en el contenido de la demanda, en donde se reclamó el pago de \$ 1.940'902.400, cuantía que extrajo del peritaje de Fernando Antonio Basto Correa, que incluyó la sumatoria, por 53 meses, de «*servicios de manejo y desarrollo de la estrategia de redes sociales*» y «*servicios de elaboración de contenido*», visible a folio 30 del cuaderno 1. Este, a su vez, se basó en las certificaciones del revisor fiscal de la actora, en las que indicó lo que le pagó a Mas Uno Sport S.A.S. y a Sport 195 Colombia S.A.S., por tal motivo.

Consideró que las sumas entregadas a las sociedades mencionadas, según la certificación del revisor fiscal, no fueron para «*recuperar las redes sociales*». Su labor fue «*elaborar contenido y hosting de contenido...*» y «*manejar y desarrollar la estrategia de redes sociales...*». No existía evidencia de que Telmex no hubiera tenido que incurrir en tales costos para la administración de sus activos digitales, o que hubiera tenido que asumir un valor inferior, de no haber mediado la conducta desleal.

La conclusión del Tribunal, según se reseñó, partió de la lectura literal de las pruebas que enunció. Allí, como lo apuntó, no se precisó que aquellos servicios de «*manejo y desarrollo de la estrategia*» y «*servicios de elaboración de contenido*» por los que pagó los montos cuantificados por el experto, tuvieran una relación directa con la «*recuperación*» de sus redes sociales. Esto es, de tales evidencias no era posible establecer, necesariamente, que los pagos fueron

consecuencia directa de la conducta desleal de la citada, y que la demandante no hubiese tenido que efectuarlos de no haber mediado tal proceder.

Los errores de apreciación, manifiestos y trascendentes, no fueron expresados de forma precisa por la parte recurrente. No indicó por qué tales documentos sí demostraban el pago específico por la *«recuperación de redes sociales»*, a pesar de que su contenido literal, o cuál aparte concreto de una prueba ignorada o mal apreciada por el juzgador permitía determinar, con total grado de certeza, la relación existente entre dichos pagos y los conceptos cuya indemnización pidió.

También sostuvo el Tribunal que no era trascendente *«la novedosa argumentación»* que esgrimió la demandante en su recurso de apelación *«alusiva al costo que podría atribuírsele, teóricamente, a cada ‘seguidor’ de Twitter o ‘fan’ de Facebook»* o al concepto de *«Mercadotécnica 360»*, porque tales alegaciones fueron ajenas al reclamo indemnizatorio y reconócelas implicaría infringir el principio de congruencia que contempla el artículo 281 del Código General del Proceso.

El citado artículo, que sirvió de fundamento a la decisión, establece en sus incisos primero y segundo, que la sentencia deberá *«estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido*

alegadas si así lo exige la ley», y «no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta».

El recurrente, en su acusación, no explicó cuál fue la infracción de la citada norma por parte del juzgador, esto es, por qué debió reconocer en su sentencia sumas por pretensiones distintas a las contenidas en la demanda y por qué hacerlo no quebrantaría el principio de congruencia al que hizo mención. Aunque manifestó que el fallador llegó a la conclusión equivocada consistente en que *«no era posible reconocer un quantum indemnizatorio mayor al solicitado en la demanda, no obstante que el artículo 206 del CGP señala lo contrario...»*, lo cierto es que en este caso el *ad quem* no negó un reconocimiento *«mayor»*, sino el de un tópico distinto al pretendido inicialmente, razón por la que la censura no fue precisa, pues no confrontó las específicas razones del juzgador.

Sobre el lucro cesante, el sentenciador argumentó que la *«prueba cardinal»* esgrimida por la demandante fue la certificación que expidió su revisor fiscal (folio 34, cuaderno 1), en la que relacionó las utilidades que obtuvo el portal desde enero de 2013 a mayo de 2014.

Para aquél, tal documento era insuficiente, pues no acreditaba que la disminución de ingresos entre marzo y mayo de 2014 fuera consecuencia directa de la pérdida de las redes sociales, ni se allegó su respaldo documental.

Sostuvo que en la inspección judicial, los funcionarios que la atendieron manifestaron que no tenían libros oficiales exclusivos del portal, y solo contaban con *«soportes de cuentas por cobrar, órdenes de compra, costos, gastos y cuentas por pagar»*. Y el perito Luis Fernando Rodríguez Naranjo, que tenía conocimientos en asuntos contables y financieros, indicó que tal circunstancia impedía tener certeza de que la disminución o incremento de los ingresos se debiera exclusivamente a las ventas del portal. Agregó que, aun de no tenerse en cuenta dicho trabajo, lo cierto era que la demandante debía acreditar el perjuicio, y esa carga no la satisfizo con la certificación contable. Y así se tuviera por cierto que el decrecimiento en las utilidades fue consecuencia directa de la disminución de pauta en el portal *«golgolgol.net»*, no existe prueba que dicha mengua fue ocasionada *«como causa eficiente, por la pérdida de las redes sociales»*.

Así, el perito Fernando Basto aludió a la caída del portal *«por un lapso significativo de tiempo»*, que pudo ocasionar una merma en el tráfico y las utilidades; el testigo técnico Gabriel Francisco Briceño relató que Telmex perdió sus derechos de retransmisión del fútbol colombiano, que tenía en exclusividad, y ello coincidió con la disminución *«progresiva y constante»* en el tráfico del portal, que se extendió hasta el año 2014, lo que coincidió con la gráfica que elaboró el perito Basto Correa, visible a folio 70 del cuaderno 1; en la certificación de que se ha hecho mención existen *«importantes altibajos en el nivel de ingresos de la*

compañía», aun antes de que las redes estuvieran puestas a disposición del portal.

El desacierto de las aludidas conclusiones, el error manifiesto en la valoración que hizo de las pruebas en que sustentó su fallo, no fue acreditado.

En efecto, en la inspección judicial en las instalaciones de la demandante, quien la atendió refirió: *«En primer lugar una aclaración no tenemos libros oficiales expresamente de golgolgol.net son los libros oficiales de la compañía en los que está llevada la contabilidad de todos los negocios que tiene la compañía...»*, y solo contaban con *«soportes de cuentas por cobrar, órdenes de compra, costos, gastos y cuentas por pagar...»*. La conclusión del juzgador, relativa a la ausencia de soportes de la certificación mencionada, entonces, se basó en el contenido objetivo de las evidencias que reseñó.

Así también, tuvo en cuenta lo que el perito Fernando Antonio Basto manifestó, en torno a que el portal estuvo *«caído»* por un *«lapso significativo de tiempo (que no especificó)»*, lo que podía ocasionar una *«merma en el tráfico de la página, y, por ende, de la utilidad que de ella se perciba»*; a lo que sumó la declaración del testigo Gabriel Francisco Briceño Fernández, quien sostuvo que Telmex perdió los derechos de retransmisión del fútbol colombiano, que antes ostentaba en exclusividad, hechos que no fueron atendidos en el trabajo pericial; y que en la certificación contable existía constancia de *«importantes altibajos en el nivel de ingresos de la compañía»* que se produjeron,

incluso, cuando las redes sociales aún estaban a disposición del portal.

El impugnante no enfrentó tales precisos razonamientos. No demostró que las pruebas a las que se ha hecho mención, fundamento primordial de la sentencia, demostraran hechos distintos a los que el juzgador advirtió, o que la única conclusión posible era la que esgrimió en su recurso.

Téngase en cuenta que:

... el error de hecho se estructura cuando el juicio probatorio del sentenciador es arbitrario o cuando la única ponderación y conclusión que tolera y acepta la apreciación de las pruebas sea la sustitutiva que proclama el recurrente; por el contrario, si la conclusión a la que llegó el ad quem, luego de examinar críticamente el acervo probatorio se halla dentro del terreno de la lógica y lo razonable, en oposición a la que del mismo estudio extrae y propone el censor en el cargo, no se genera el yerro de facto con las características de evidente y manifiesto, por cuanto en dicha situación no hay absoluta certeza del desatino cometido por el fallador en la providencia motivo de la impugnación (CSJ SC. Sep. 24 de 1998).

Además, en torno a las diversas críticas en relación con la apreciación del dictamen de Luis Fernando Rodríguez Naranjo, el censor no explicó su trascendencia para la decisión.

Obsérvese que el Tribunal arribó a su decisión advirtiendo que, aun de asumirse que los reparos contra tal prueba fueran ciertos *«en nada ayudarían al éxito de la pretensión resarcitoria sobre la que ahora se discute, en tanto que, aun dejándose de valorar la cuestionada experticia, lo cierto es que la demandante era quien debía acreditar la causación del lucro cesante cuya indemnización reclama, carga probatoria que no podía entenderse satisfecha únicamente a partir de la certificación contable... sino que también exigía, de conformidad con los artículos 51 y 53 del Código de Comercio, la aportación de los soportes o comprobantes de las partidas contables en que se habría fincado el revisor fiscal...»*.

Las apreciaciones particulares del impugnante, su visión en torno a los peritajes, a la propuesta que le hizo Dayscript el 24 de diciembre de 2013, a las facturas de ventas visibles a folios 235 a 251 del cuaderno 3, a las publicaciones especializadas de *«The Economist»*, *«Forbes»* y *«Social Media Today»*, la *«posición de privilegio»* alcanzada por el portal aceptada por la propia demandada, y su potencial, se asimilan a un alegato de instancia, que no desvirtúa la presunción de legalidad y acierto de que viene revestida la sentencia, pues ponen al descubierto nada más que el parecer singular de quien las emite.

No se señaló que tales pruebas demostraran con total certidumbre y precisión los gastos asumidos por la demandada por el daño emergente y el lucro cesante que

reclamó, y que, por lo tanto, las conclusiones del *ad quem* fueran manifiestamente equivocadas.

Por último, el Tribunal indicó que fue acertado que el *a quo* se hubiese abstenido de ordenar a la demandada la «*suspensión inmediata de sus actos de competencia desleal y que se abstenga en el futuro de repetirlos*», pues la conducta consistente en el renombramiento de las redes no es de comisión sucesiva sino instantánea, y no hay evidencia de que «*entre los aquí litigantes existan todavía relaciones negociales*» en virtud de las cuales la citada ostente el control de redes sociales o activos digitales.

En torno a dicha consideración, pese a que el impugnante expuso su desacuerdo, no explicó sobre que prueba recayó el yerro manifiesto de apreciación.

Es claro que dicha parte tan solo se limitó a efectuar un análisis que la condujo a aseverar que el sentenciador incurrió en desaciertos en su labor de valoración, lo que en materia de casación no resulta suficiente para infirmar el fallo atacado, pues, como en forma reiterada se ha sostenido por esta Corporación, no puede confundirse el error de apreciación con la mera inconformidad del recurrente respecto de la libre valoración que se efectúa de los elementos de persuasión que obran en el proceso.

La Sala ha sostenido, en relación con el error de hecho, que es necesario que:

... el recurrente lo demuestre, actividad que debe cumplirse mediante una labor de contraste entre lo que extrajo el sentenciador de las pruebas que se tildan de erróneamente apreciadas y lo que tales pruebas dicen o dejan de decir, para establecer el real efecto que dimana de la preterición o desfiguración de la prueba, siempre en el bien entendido que no basta relacionarla ni con ofrecer la visión del recurrente, a la manera de un alegato de instancia, sino se confronta en sus términos con la sentencia acusada. (CSJ SC de 14 de mayo de 2001, reiterada en CSJ SC de 19 de diciembre de 2012, Rad. 2006-00164-01).

También ha precisado que:

...si impugnar es refutar, contradecir, controvertir, lo cual exige, como mínimo, explicar qué es aquello que se enfrenta, fundar una acusación es entonces asunto mucho más elaborado, comoquiera que no se logra con un simple alegar que el juzgador de instancia carece de razón, sino que impone, para el caso de violación de la ley por vía indirecta, concretar los errores que se habrían cometido al valorar unas específicas pruebas. (CSJ. AC. Ago. 29 de 2000)

Luego, si en la impugnación se presenta un ejercicio de ponderación probatoria diferente, como sucede en este caso, la Corte no tiene alternativa distinta a la de atender la valoración del juzgador, en virtud de la doble presunción de legalidad y acierto de que está revestida su sentencia, lo que impone que sus conclusiones en torno del examen de los elementos fácticos son, en principio, intocables, salvo la demostración plena del inocultable yerro apreciativo.

Tales razones imponen, entonces, la inadmisión de la acusación.

3. El cargo segundo tampoco reunió los requisitos del artículo 344 del Código General del Proceso.

El recurrente, con sustento en la causal primera, alegó la violación directa de la ley, sin embargo, no indicó cuál norma de naturaleza sustancial, que constituyó la base del fallo o debió constituir la, fue la que infringió el Tribunal.

La acusación señaló como transgredidos los artículos 4.º y 42, numeral 4.º, de la mencionada codificación, que establecen, en su orden: *«El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes»* y que dispone como uno de los deberes del juzgador *«Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga»*.

Tales mandatos no *«crean, modifican o extinguen»* relaciones jurídicas particulares, sino que son de linaje exclusivamente procesal, y, por tal razón, no ostentan la calidad de *«sustanciales»*, tal y como la Corte lo ha reiterado en diversas providencias (AC. Nov. 3 de 2016, rad. 2009-00010-01, AC. Oct. 25 de 1996, Rad. 6228, entre otras).

La omisión del impugnante, esto es, su inobservancia del párrafo 1.º del artículo 344 del Código General del Proceso, priva a la Sala de uno de los elementos indispensables para cumplir la función asignada como

tribunal de casación, que en el ámbito de las causales primera y segunda, consiste en determinar si la sentencia violó o no la ley sustancial.

Tal insuficiencia en la formulación del cargo no fue la única, pues el censor también desatendió lo regulado en el literal a) del numeral 2º del aludido artículo 344. En efecto, el legislador dispuso que cuando se alega la violación directa de la ley —como en este caso—, el cargo *«se circunscribirá a la cuestión jurídica sin comprender ni extenderse a la materia probatoria»*.

No obstante, el impugnante se quejó en su acusación de la labor del *a quo* en el recaudo de las pruebas, la que calificó de desequilibrada, porque le permitió a la demandada suplir sus cargas procesales. Para ilustrar su postura, citó apartes de la diligencia en la que el perito Luis Fernando Rodríguez Naranjo explicó su trabajo.

De lo anterior se concluye, entonces, que el recurrente, pese a que alegó la violación directa de la ley, no se circunscribió *«a la cuestión jurídica»*, sino que, por el contrario, se concentró de forma exclusiva en el tema probatorio, lo que, se reitera, contraría lo dispuesto en la ley, e impone como consecuencia la inadmisión de su cargo.

4. Tampoco concurren los presupuestos que consagra la ley para su selección de oficio, porque no es ostensible que la sentencia comprometa el orden o el patrimonio público, o atente contra los derechos y garantías

constitucionales, ni tampoco para los fines de unificación de la jurisprudencia. El trámite se ajustó a los parámetros legales, la decisión fue el producto de una valoración reflexiva de la demanda y de las pruebas, y no se observan yerros evidentes y trascendentes que ameriten su admisión.

La decisión del Tribunal se sustentó en las pruebas legalmente recaudadas, que la parte demandada tuvo la oportunidad de controvertir. Sus deducciones están acordes con el contenido de las evidencias que analizó ampliamente en su fallo. Éste, por lo tanto, no luce desatinado ni irroga un quebranto a las garantías superiores de la recurrente.

5. Se inadmitirá la demanda.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

RESUELVE:

DECLARAR INADMISIBLE la demanda presentada para sustentar la impugnación extraordinaria que se interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 17 de mayo de 2017, dentro del asunto referenciado.

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la
corporación de origen.

Notifíquese.



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

(Presidente de la Sala)



MARGARITA CABELLO BLANCO



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA