

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC17396-2014

Radicación n.º 11001-31-03-003-2009-00014-01

(Aprobado en sesión de 18 de noviembre de 2014).-

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil catorce (2014).-

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que interpuso la demandante, sociedad **DIARIO DEPORTIVO S.A., EN LIQUIDACIÓN**, frente a la sentencia proferida el 11 de octubre de 2011 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario que la impugnante adelantó contra **POLITÉCNICO SANTAFÉ DE BOGOTÁ, INVERSIONES XILON LTDA., CONFECCIONES LUBER S.A. y SYSCO S.A.**

ANTECEDENTES

1. En el escrito con el que se dio inicio a la controversia, que obra del folio 70 al 75 del cuaderno principal, se solicitó, en síntesis, que se declarara que las demandadas, “*por concepto de servicios de pauta publicitaria mediante avisos*”, son deudoras de la actora, de las siguientes sumas de dinero: POLITÉCNICO SANTAFÉ DE BOGOTÁ, \$265.563.760.00; INVERSIONES XILON LTDA., \$143.712.495.00; CONFECCIONES LUBER S.A., \$477.399.372.00; GRUPO EDITORIAL EL PERIÓDICO S.A., \$10.424.996.00; y SYSCO S.A., \$111.583.280.00, desde el 18 de abril de 2008, junto con los intereses moratorios; y que se las condenara a pagar las costas del proceso.

2. En sustento de tales pretensiones, se expusieron los hechos que a continuación se sintetizan:

2.1. La accionante prestó el servicio de publicación de pauta al POLITÉCNICO SANTAFÉ DE BOGOTÁ mediante avisos, durante los meses comprendidos entre enero y agosto de 2007, inclusive, según “*notas de publicación*” Nos. 1002, 1005, 1009, 1013, 1017, 1029 y 1035, cuyo valor se hizo constar en la factura cambiaria de compraventa No. 01, por valor de \$265.563.760.00, que la obligada se negó a firmar.

2.2. De idéntica manera, la actora brindó dicho servicio a INVERSIONES XILON LTDA. en los meses que van de marzo a agosto de 2007, conforme las “*notas de publicación*” Nos. 1010, 1014, 1019, 1025, 1031 y 1037,

vínculo que dio lugar a la factura cambiaria No. 01, cuya cuantía ascendió a \$143.712.495.00, que la citada sociedad no suscribió.

2.3. Esa situación se repitió con CONFECIONES LUBER S.A., a la que los servicios le fueron prestados entre enero y agosto de 2007, los cuales se documentaron con las “*notas de publicación*” Nos. 1001, 1004, 1008, 1012, 1016, 1021 y 1033 y con la factura cambiaria No. 01, por el monto de \$143.712.495.00, que la nombrada sociedad se abstuvo de rubricar.

2.4. Igual aconteció con el GRUPO EDITORIAL EL PERIÓDICO S.A. en los meses de junio, julio y agosto de 2007 (“*notas de publicación*” Nos. 1022, 1028 y 1034), servicio que dio lugar a la factura cambiaria No. 01, por la suma de \$10.424.996.00, que fue recibida por aquélla.

2.5. Lo mismo es predicable en relación con SYSCO S.A., en el lapso de tiempo corrido entre enero y agosto de 2007, inclusive, como se estableció con las “*notas de publicación*” Nos. 1003, 1006, 1018, 1024, 1030, 1036 y la factura cambiaria No. 01, por valor de \$111.583.774.00, que dicha obligada no aceptó.

3. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, al que le correspondió el conocimiento del asunto, admitió el libelo introductorio con auto del 21 de enero de 2009 (fl. 78,

cd. 1), pero solamente respecto de POLITÉCNICO SANTAFÉ DE BOGOTÁ, INVERSIONES XILON LTDA., CONFECIONES LUBER S.A. y SYSCO S.A.

Respecto del GRUPO EDITORIAL EL PERIÓDICO S.A. rechazó la demanda, *“por cuanto las pretensiones (...), son de menor cuantía, y por lo tanto, de competencia de los señores jueces civiles municipales de Bogotá, sin que pueda darse aplicación a la acumulación de pretensiones en [los] términos del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil”*, por tratarse de una accionada distinta.

4. Ese proveído se notificó personalmente a SYSCO S.A. y a CONFECIONES LUBER S.A. el 4 de marzo del año en cita, por intermedio del apoderado común que designaron para que las representara (fl. 81, cd. 1), quien en un solo escrito respondió la demanda en nombre de ambas, laborió en virtud del cual se pronunció de distinta manera sobre sus pretensiones y hechos; propuso las excepciones meritorias que denominó *“INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”*, *“COBRO DE LO NO DEBIDO”* y *“PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO”*; y tachó de falsas las facturas cambiarias libradas en contra de sus asistidas (fls. 94 a 100, cd. 1).

5. Las otras dos convocadas, sin haberse surtido su enteramiento del auto admisorio, comparecieron al proceso y a través de un mismo profesional del derecho, contestaron el escrito introductorio en similares términos a

como lo habían hecho las sociedades antes mencionadas (fls. 116 a 121, cd. 1).

6. Agotado el trámite de la primera instancia, la oficina judicial cognoscente del asunto le puso fin con sentencia del 30 de marzo de 2011, en la que declaró “**FUNDADA** la excepción de [i]nexistencia de la obligación” y negó la totalidad de las súplicas elevadas en el libelo con el que se dio inicio a la controversia (fls. 251 a 258, cd. 1).

7. Inconforme con ese fallo, la demandante lo apeló. El *ad quem*, al desatar la alzada, en su sentencia, que data del 11 de octubre de 2011, lo confirmó e impuso a la recurrente el pago de las costas en segunda instancia (fls. 39 a 51, cd. 2).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La confirmación del proveído desestimatorio del *a quo*, se afincó en los argumentos que a continuación se compendian:

1. La acción intentada “*no es otra que la prevista en el artículo 1546 del Código Civil*”, puesto que con ella se persiguió que las demandadas cumplan una obligación a su cargo, en concreto, el pago “*de los servicios de publicación de pauta mediante avisos*”.

2. Por ende, son sus presupuestos estructurales los siguientes: “**(i)** la existencia de un contrato, ‘...o de una obligación negocial surgida entre las partes’, **(ii)** que el demandante haya cumplido, o cuando menos, haya estado dispuesto a hacerlo, [y] **(iii)** que el demandado haya incumplido, total o parcialmente”.

3. La negociación sobre la que versó el litigio corresponde a la de “difusión publicitaria”, que no tiene “regulación específica en la legislación colombiana” y se “trata de un contrato en virtud del cual, ‘...un medio se compromete en favor de un anunciante... a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles, así como a desarrollar la actividad técnica que sea necesaria para lograr el resultado publicitario...’, a cambio de una contraprestación”. Así las cosas, la obligación principal del medio es “lograr la efectiva difusión del mensaje publicitario” y la del anunciante, pagar el precio. Ese contrato atípico “comparte su naturaleza con el (...) de servicios regulado en el artículo 2063 del Código Civil, que a su turno es una modalidad del de arrendamiento”, al que le es aplicable el artículo 1973 *ibídem*.

4. En el caso *sub lite*, la demandante no demostró el acuerdo de voluntades entre las partes, esto es, que las “entidades reconvenidas hubiesen emitido su consentimiento a fin de que [aquélla] publicara en su diario los avisos relacionados en el libelo introductorio, y por lo mismo, la existencia de las obligaciones que se acaban de anotar, es decir, que de un lado Diario Deportivo S.A. se haya comprometido en favor de

Radicación n.º 11001-31-03-003-2009-00014-01

Politécnico Santafé de Bogotá, Inversiones Xilon Ltda., Confecciones Luber S.A. y Sysco S.A., a difundir los mencionados avisos, y de otro, que éstas últimas, a cambio de esa prestación, hayan pactado un precio; elemento sin el cual, no es posible concebir un negocio jurídico entre las partes, como quiera que si lo bilateral y lo conmutativo de un contrato, lo hace el hecho de que aquellas se obliguen recíprocamente, y que cada una de las prestaciones ‘...se mire como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez’, se tenía que acreditar cuál fue el soporte del mencionado servicio publicitario”.

5. En apoyo de esa conclusión, el Tribunal adujo las siguientes razones:

5.1. En la audiencia de alegaciones verificada en el trámite de la segunda instancia, el apoderado de la actora admitió que no hubo acuerdo de voluntades en cuanto al precio, como quiera que “sostuvo: ‘...y que aunque el negocio fue CONSENSUAL, tenemos claro que recibieron el servicio y que aun sin haber pactado el valor, o precio, la ley permite mediante el proceso declarativo determinarlo’ (resalta la Sala); afirmación que constituye un serio indicio acerca de la inexistencia de la obligación demandada; así que si no consintió precio, cómo hablar de ella, o cómo decir, que esas publicaciones tuvieron como génesis la voluntad de las demandad[as], si a propósito de las mismas nada se estipuló”.

5.2. El dictamen pericial practicado no es suficiente para colegir la existencia del referido negocio jurídico, por cuanto:

5.2.1. La afirmación consistente en que las demandadas entregaron a la actora el *“arte de diseño”* para la publicación de los avisos que en efecto se hizo, es cuestión no acreditada, toda vez que no corresponde a una conclusión objetiva sino a una *“valoración, por lo demás sin fundamento”*; no fue un punto materia del dictamen decretado; y porque si así hubiesen procedido las accionadas, *“no se entiende cómo en las instalaciones de la empresa demandante no existe aquél, así como ningún otro vestigio (...) de (...) cuál fue el origen de los avisos”*.

5.2.2. El valor comercial que en la experticia se fijó al trabajo publicitario (\$2.053.200.378,47), *“no consulta las condiciones en que se pudo realizar la negociación”*, ya que no guarda ninguna relación *“con el costo que indicó la parte demandante en el libelo introductorio”*, puesto que el perito lo determinó con base en unas tarifas promedio de los años 2009 y 2010, por ende, completamente extrañas a las que rigieron en el año de las publicaciones base de la acción (2007).

5.3. Las *“notas de publicación”* y las *“facturas cambiarias”* allegadas con la demanda, carecen de fuerza demostrativa en frente de las accionadas, pues son

documentos que provienen de la actora y algunos se aportaron en copia simple.

5.4. Del testimonio rendido por el señor Mejía Estrada *“no es posible determinar la existencia de la obligación reclamada”*, habida cuenta que:

5.4.1. La vinculación del deponente con la actora acaeció en abril de 2008 y, por ende, nada le consta sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que pudo realizarse la negociación de que trata este litigio.

5.4.2. Las respuestas que dio respecto de esa convención, fueron generales.

5.4.3. La declaración no es del todo favorable a la actora, pues es *“indicativa de que para la confección del contrato, debió al menos mediar un documento en donde se consignara el precio que tenían las publicaciones de los avisos, o alguna anotación en donde se señalaran las especificaciones de cada uno de los clientes en cuanto esas características que menciona el testigo, pero fíjese que no la hay”*.

5.5. La inasistencia de las demandadas a la audiencia en la que debían absolver interrogatorio de parte, no cambia la situación, por lo que pasa a anotarse:

5.5.1. En el acta donde se recogió esa diligencia, no se hicieron constar los específicos hechos de la demanda que se tenían por confesos fictamente, como lo exige el inciso 2º del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil.

5.5.2. Ninguna confesión es absoluta, sino que todas, hoy en día, son susceptibles de infirmarse.

5.5.3. De admitirse que operó la referida confesión ficta respecto de las aquí demandadas, ella apenas tendría *“la virtualidad de coadyuvar el resultado perseguido por la sociedad actora, ya que por sí sola, nada hace a favor de las pretensiones reclamadas, pues **per se** es insuficiente para comprobar, más allá de toda duda, los fundamentos de aquéllas”*.

6. El fracaso de la acción impide el estudio de las excepciones alegadas, entre ellas, la compensación a que el *a quo* se refirió como argumento de refuerzo.

7. No hay lugar a que, so pretexto de que las demandadas se beneficiaron con la publicidad efectuada por la actora, se acceda a las pretensiones, toda vez que acogerlas con un fundamento diverso al aducido en el libelo introductorio, tornaría la sentencia en incongruente.

LA DEMANDA DE CASACIÓN CARGO ÚNICO

Con fundamento en el motivo inicialmente contemplado en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se denunció el fallo del *ad quem* por vulnerar indirectamente los artículos 1502, 1602, 1603, 1618 y 1621 del Código Civil, “*como consecuencia de errores de hecho manifiestos y evidentes por falta de apreciación de algunas pruebas y defectuosa apreciación de otras*”, acusación que se sustentó con los razonamientos que a continuación se resumen:

1. El error del Tribunal consistió en “*no dar por demostrado, estándolo, que efectivamente existió un acuerdo de voluntades entre las partes en litigio para que se declarara la existencia de la obligación por parte de las entidades demandadas*”.

2. Tal desatino obedeció a que esa autoridad, por una parte, no apreció el “[*d*]ictamen pericial”, el “[*t*]estimonio del señor SERGIO MEJÍA ESTRADA” y “[*l*]a documental que obra en autos”; y, por otra, ponderó incorrectamente el “CONVENIO O CANJE PUBLICITARIO” y el “INTERROGATORIO DE PARTE a las entidades demandadas”.

3. Para comprobar esos yerros, el recurrente adujo:

3.1. Sobre la preterición de la experticia rendida en el proceso:

3.1.1. Puso de presente el contenido, en lo pertinente, de los artículos 233 y 238 del Código de Procedimiento Civil.

3.1.2. Destacó que la prueba fue solicitada, decretada, practicada y controvertida, con sujeción a la ley.

3.1.3. Señaló que si el *a quo* observó que el dictamen “*no era lo suficientemente claro*”, pudo haber ordenado de oficio su aclaración o complementación, pero no lo hizo.

3.1.4. Puntualizó que el objeto de la probanza fue “*determinar el valor comercial promedio del mercado, correspondiente a la pauta publicitaria efectuada por la sociedad demandante a favor de todas y cada un[a] de las entidades demandadas, situación que no se tuvo en cuenta en el momento de pronunciarse sobre el mismo*”.

3.1.5. Del mismo modo precisó que la perito estableció: “*la existencia de las pautas o publicaciones efectuadas*”; que para su realización, “*el cliente deb[ió] entregar el cliché o arte de diseño con los textos e imágenes, y esto es suficiente para acreditar su voluntad de contratar el medio de comunicación*”; la “*cantidad de publicaciones que se hicieron*” para cada empresa accionada; y su “*valor comercial promedio*”.

3.1.6. En ese orden de ideas, aseveró que el sentenciador efectuó *“una interpretación errónea”* del dictamen, no le dio *“sentido ni alcance”* y *“simplemente lo avaluó como medio probatorio, pero equivocó e ignoró las normas reguladoras (...) sobre el tema”*, tras lo que reprodujo el contenido de los artículos 174, 175, 183 y 187 del Código de Procedimiento Civil.

3.2. En relación con la falta de apreciación del testimonio rendido por el señor Sergio Mejía Estrada, el impugnante observó:

3.2.1. Es *“serio, creíble [y] con conocimiento directo de los hechos base de la demanda”*, puesto que el deponente se refirió a la pauta publicitada para las demandadas, a las tarifas entonces vigentes y a la forma como se celebraban esa clase de contratos.

3.2.2. El indicio contemplado en el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, derivado de la inexistencia de contrato escrito, puede, según la jurisprudencia que reprodujo parcialmente, desvirtuarse con la prueba testimonial.

3.2.3. Aunque el declarante narró hechos que acaecieron previamente a cuando empezó a laborar para la actora, *“habl[ó] con mucha credibilidad de que al momento de vincularse a la empresa verificó tales hechos sucedidos en la*

Radicación n.º 11001-31-03-003-2009-00014-01

anterior administración, que las pautas publicitarias objeto de este proceso fueron publicadas por el DIARIO DEPORTIVO, que son las mismas que aparecen en las notas de publicación que obran en el expediente a folios 5 al 51” y que “no fueron canceladas por ninguna de las entidades demandadas”.

3.3. En lo que hace con el desconocimiento de la prueba documental, el casacionista indicó:

3.3.1. En el expediente militan *“las facturas que se negaron a firmar las empresas demandadas, debido a esto no se pudo demandar ejecutivamente a las sociedades obligadas, por lo que se instauró la presente demanda ordinaria para que con la sentencia declarativa se pueda proceder a cobrar ejecutivamente lo adeudado”.*

3.3.2. La circunstancia de que esos títulos valores no hubiesen sido firmados por los representantes legales de las convocadas, *“en nada afecta el nacimiento del negocio jurídico, pues son obligaciones de las partes que surg[ieron] luego del acuerdo de voluntades que de manera consensual ya ha[bía] perfeccionado el negocio”.*

3.4. En lo que atañe con la indebida ponderación del *“canje publicitario entre DIARIO DEPORTIVO y DIARIO DEL SUR”*, el recurrente expresó:

Radicación n.º 11001-31-03-003-2009-00014-01

3.4.1. El Tribunal *“afirm[ó] erradamente que con este documento la parte pasiva probó la inexistencia de la obligación”,* cuando, por el contrario, esa convención *“constituye plena prueba”* de *“su existencia y de la voluntad del contratante de la pauta”*.

3.4.2. Cosa diferente es que ese acuerdo de voluntades no sea legal, por no haberse contado para su celebración con la autorización de la Dirección Nacional de Estupefacientes, que se requería por su cuantía, situación que explicó con gran detalle.

3.4.3. Quedó así *“demostrado que el [j]uzgador dio una aplicación errónea a la prueba documental (canje publicitario) al afirmar que la parte pasiva con este documento probó la inexistencia de la obligación, ya que no se le puede dar valor probatorio a un acto ilegal, pues es clara la ilegalidad del supuesto canje, por cuanto el DIARIO DEL SUR siendo el encargado de la administración de los bienes del DIARIO DEPORTIVO, no podía contratarse [a sí mismo], ni disponer de los recursos, ni de los bienes de la empresa [que le fue] encargada por la DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES en su propio beneficio o en beneficio de las demás empresas demandadas. Por ello debió desestimar de plano el documento de canje”*.

3.4.4. No se atendió la cláusula segunda de la mencionada convención.

3.5. Y, finalmente, respecto de la deficiente valoración de la prueba de confesión ficta, derivada de la inasistencia de las demandadas a los interrogatorios de parte que debían absolver, el censor, luego de transcribir en parte el mandato del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, acotó:

3.5.1. Si bien es verdad que *“en el acta no constan cuales son los hechos (...) que las enjuiciadas tácitamente aceptaron, no por esto no habría que tenerlas por confesa[s], ya que la norma en comento contempla en su inciso 3 que los hechos susceptibles de confesión pueden ser los contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito o sus contestaciones, que se presumen ciertos, por ende, las entidades demandadas conocían los hechos, por lo que se debió tener por confesos los hechos de la demanda, respecto de todos los demandados”*.

3.5.2. Esa clase de confesión no vulnera los artículos 29 y 33 de la Constitución Política, según lo definió la Corte Constitucional en la sentencia que reprodujo.

3.5.3. La no comparecencia de las accionadas a los interrogatorios era suficiente para hacer actuar la mencionada figura -confesión ficta- y para que, ante la presunción de ser ciertos los hechos del libelo introductorio, les correspondiera a aquéllas desvirtuar los mismos, lo que no hicieron.

4. Al cierre, el censor solicitó casar la sentencia del Tribunal.

CONSIDERACIONES

1. Como se desprende del compendio que en precedencia se dejó consignado del único cargo propuesto para sustentar el recurso extraordinario de casación planteado en contra del fallo de segunda instancia, dos fueron, en concreto, los errores que el recurrente le atribuyó al Tribunal: en primer lugar, la preterición del dictamen pericial, del testimonio rendido por el señor Sergio Mejía Estrada y de la prueba documental, específicamente, de las facturas cambiarias allegadas con la demanda; y, en segundo término, la indebida apreciación del “*canje publicitario*” celebrado entre la actora y el DIARIO DEL SUR, así como de los interrogatorios de parte que debían absolver las demandadas.

2. La simple lectura de la sentencia cuestionada descarta la ocurrencia del yerro inicialmente precisado en precedencia, puesto que es patente que el *ad quem* sí apreció la experticia rendida en el proceso, la declaración del señor Mejía Estrada y la documental allegada con el libelo introductorio, de modo que sólo como consecuencia de haber explorado su contenido fue que coligió, conforme las razones que expuso, que de esos medios de convicción no se

desprendía la comprobación de la celebración del negocio jurídico aducido como base de la acción, lo que *per se* desvirtúa que dicha Corporación hubiese preterido tales elementos de juicio.

3. Ahora bien, si se interpretara que todos los desaciertos atribuidos al sentenciador de segunda instancia consintieron en la incorrecta ponderación de las pruebas relacionadas en la censura, ésta, de todas maneras, no se abriría paso, por las siguientes razones:

3.1. Desde un punto de vista general, se detectan en ella las deficiencias que a continuación se explican:

3.1.1. No consulta las genuinas razones que adujo el *ad quem* al valorar cada uno de los elementos de juicio en los que el impugnante cimentó sus reproches, por lo que cabe calificar la acusación de desenfocada o asimétrica.

Al respecto, es indispensable memorar que *“el cargo fundado en el numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil debe estar debidamente enfocado y ser completo o, lo que es lo mismo, debe controvertir directamente la totalidad de los auténticos argumentos que respaldan la decisión combatida (CSJ, auto de 19 de diciembre de 2012, Rad. 2001-00038-01; se subraya).*

En punto de la “*simetría de la acusación*”, la Corte tiene dicho que “*debe entenderse no solo como armonía de la demanda de casación con la sentencia en cuanto a la plenitud del ataque, sino también como coherencia lógica y jurídica, según se dejó visto, entre las razones expuestas por el juzgador y las propuestas por el impugnante, pues en vano resulta para el éxito del recurso hacer planteamientos que se dicen impugnativos, por pertinentes o depurados que resulten, si ellos son realmente extraños al discurso argumentativo de la sentencia, por desatinada que sea, según el caso*” (CSJ, SC del 10 de diciembre de 1999, Rad. No. 5294).

Mirado el fallo cuestionado, se establece que su fundamento toral fue que la actora no demostró los contratos de “*difusión publicitaria*” en virtud de los cuales las demandadas se obligaron a pagar, como precio, las sumas exigidas en el libelo introductorio, inferencia fáctica a la que la Corporación sentenciadora arribó fincada, esencialmente, en la siguiente ponderación probatoria:

a) De los alegatos que el apoderado de la parte demandante presentó en segunda instancia se desprende un indicio grave sobre la inexistencia de esas convenciones, por cuanto allí reconoció que no hubo pacto alguno sobre el precio de los servicios publicitarios materia de la acción.

b) La experticia recaudada en el proceso no podía ser tenida en cuenta para dicho efecto, pues su objeto no fue el de establecer la existencia de los referidos contratos

y, por ende, eran inapreciables los conceptos que sobre el particular emitió la auxiliar de la justicia.

c) Los documentos allegados con el escrito generatriz del presente conflicto -“*notas de publicación*” y “*facturas cambiarias*”-, carecen de fuerza demostrativa en relación con las accionadas, toda vez que provienen únicamente de la promotora del juicio y, algunos, fueron aportados en copia informal, desprovista de autenticidad.

d) Habida cuenta que el señor Sergio Mejía Estrada no se encontraba vinculado con la accionante para cuando las indicadas manifestaciones de voluntad debieron ajustarse, como él lo reconoció en la propia declaración que rindió, es obvio colegir que no presencié esos actos y que su testimonio no servía para acreditar la realización de los mismos.

e) No operó respecto de las accionadas, la confesión de que trata el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto al momento de surtirse los interrogatorios que ellas debían absolver, no se dejó expresa constancia de los hechos de la demanda que podían tenerse por ciertos, amén que de admitirse que tal medio de convicción sí se configuró, él sería insuficiente para tener por acreditados los mencionados contratos.

En contraste con lo anterior, el recurrente nada dijo sobre el indicio primeramente apreciado por el Tribunal y, en relación con los demás elementos de juicio, sustentó sus reproches en lo siguiente:

a) Sobre el dictamen pericial observó que su finalidad fue *“determinar el valor comercial promedio del mercado, correspondiente a la pauta publicitaria”* reseñada en la demanda; que no se reconoció su verdadero sentido y alcance; y que no se aplicaron los artículos 174, 175, 183 y 187 del Código de Procedimiento Civil.

b) En lo que tiene que ver con la declaración de señor Sergio Mejía Estada sostuvo que es serio, creíble y *“con conocimiento directo de los hechos base de la demanda”*; que desvirtuó el indicio previsto en el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil; y que pese a que el deponente se refirió a hechos ocurridos con anterioridad a cuando se vinculó con la actora, él informó que los verificó cuando empezó a laborar allí.

c) La circunstancia de que las facturas cambiarias no hubiesen sido firmadas por las aquí convocadas, es una eventualidad que para nada afectó las obligaciones exigidas en la demanda, pues éstas surgieron del *“acuerdo de voluntades”* con el que ya se había *“perfeccionado el negocio”*.

d) Pese a que en el acta en la que se recogió lo ocurrido en la audiencia programada para recibir los interrogatorios de parte que debían absolver las accionadas, no se hicieron constar los hechos de la demanda en relación con los cuales operó la confesión ficta, según voces del inciso 3º del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil pueden tenerse como tales los de pliego escrito de preguntas y los sustentantes del libelo introductorio, o de las excepciones, o de las respuestas a éstas, hechos que las accionadas no desvirtuaron.

Patente es, pues, la desarmonía entre unos y otros argumentos, así como que los constitutivos de la valoración probatoria que efectuó el Tribunal, no fueron en verdad controvertidos, por lo que se mantienen en pie y continúan soportando el fallo impugnado.

3.1.2. A lo anterior se suma que en el cargo su proponente no realizó ningún contraste entre el contenido objetivo de los medios de convicción que a su decir fueron indebidamente ponderados, con lo que de ellos dedujo, o debió colegir, el *ad quem*, comparación que es necesaria para la debida comprobación de los errores de hecho denunciados.

En forma invariable la Corte ha predicado que es deber del recurrente, demostrar los desatinos fácticos que le enrostre al juzgador de instancia, toda vez que aquél “*más que disentir*”, debe ocuparse “*de acreditar los yerros que le*

atribuye al sentenciador, laborío que reclama la singularización de los medios probatorios supuestos o preteridos; su puntual confrontación con las conclusiones que de ellos extrajo -o debió extraer- el Tribunal y la exposición de la evidencia de la equivocación, así como de su trascendencia en la determinación adoptada” (CSJ, SC del 23 de marzo de 2004, Rad. No. 7533; se subraya).

Como igualmente se desprende del compendio en precedencia consignado, el censor limitó su actividad impugnativa a señalar los motivos por los que disentía de la ponderación que de las pruebas efectuó la Corporación de segunda instancia, pero no se ocupó de establecer el contenido objetivo de ellas y, mucho menos, lo cotejó con las inferencias que, con apoyo en esos mismos medios demostrativos, dicha autoridad obtuvo o debió extraer, omisión que, *per se*, imposibilita el acogimiento del reproche.

3.2. Ahora bien, de pasarse por alto las anteriores anomalías del cargo, éste, de todas maneras, no está signado por éxito, como pasa a elucidarse.

3.2.1. Fue la parte demandante quien solicitó la práctica de una experticia, lo que hizo en los siguientes términos: “*Sírvase, señor Juez decretar dictamen pericial, para que un perito experto en publicidad y medios, establezca el valor comercial promedio del mercado, correspondiente a la pauta*

publicitaria efectuada por el demandante en favor de todos y cada uno de los demandados” (fl. 74, cd. 1; se subraya).

El juzgado del conocimiento, mediante auto del 3 de febrero de 2010 (fls. 152 y 153, cd. 1), accedió a ese pedimento y ordenó que se “rinda dictamen en los términos expuestos a folio 74” (se subraya).

Siendo ello así, como en efecto lo es, se sigue de lo anterior que el único cometido encomendado a la perito que se designó, fue determinar el valor comercial de la publicidad que la actora efectuó en favor de las demandadas y que, por lo tanto, a ese punto debió ella circunscribir su trabajo.

Tal conclusión conduce a la siguiente: que toda apreciación de la auxiliar de la justicia que no corresponda al advertido aspecto, no podía, ni puede, ser considerada al valorarse la prueba, como quiera que al desbordar su objeto, calificaría como un concepto en relación con el cual no medió solicitud, ni decreto.

Así las cosas, forzoso es colegir que en ningún error incurrió el Tribunal cuando, respecto del dictamen pericial, no lo apreció como prueba del acuerdo de voluntades presuntamente celebrado por las partes para que se efectuara la publicidad señalada en la demanda, pues, se reitera, ese no fue el objeto de la experticia y, por lo mismo,

las apreciaciones que a ese respecto hubiese emitido la perito, no podían ser tenidas en cuenta.

3.2.2. En lo tocante con el testimonio del señor Sergio Mejía Estrada, se hace necesario efectuar un compendio de su declaración.

El deponente espontáneamente expuso que entró “a trabajar al Diario Deportivo en abril de 2008 como Asistente de Gerencia, que en ese momento la desempeñaba el señor Ítalo Pinzón, quien era el depositario provisional de la Sociedad Diario Deportivo S.A., el señor Pinzón recibió instrucciones de la Dirección Nacional de Estupefacientes para verificar el estado de la facturación de todas las pautas publicitarias que se habían realizado durante el año 2007, haciendo este trabajo de verificación encontramos una gran cantidad de [a]visos [p]ublicitarios publicados por las empresas POLITÉCNICO SANTAFÉ, LUBER, SILON (sic), CISCO (sic), GRUPO EDITORIAL EL PERIÓDICO que no habían sido facturados y que habían salido publicados a lo largo del año 2007, hablamos con la señora Laura Blanco quien era la coordinadora de publicidad del Diario Deportivo S.A., y le preguntamos por qué estaban sin facturar esos avisos, no dio ninguna respuesta clara, pues había recibido [ó]rdenes del Depositario provisional que [g]erenciaba Diario Deportivo durante el año 2007, comunicamos esta situación a la [D]irección de Estupefacientes y nos dio la orden de emitir las correspondientes facturas para ser entregadas a cada empresa, se elaboraron las facturas y se enviaron a cada empresa para que las recepcionara y

continuara con el proceso de pago, pero ninguna empresa las aceptó”.

En relación con la circunstancia de que las facturas no se hubiesen expedido con anterioridad, esto es, cuando se realizaron los trabajos publicitarios, el testigo señaló que *“[c]omo mencioné anteriormente, yo inici[é] labores en el Diario Deportivo en abril de 2008, estas publicaciones se realizaron en el 2007 y la señora Laura Blanco, quien era la [c]oordinadora de publicidad del Diario Deportivo, no facturó en su momento pues recibía [ó]rdenes del Depositario que gerenciaba el Diario en su momento”.*

Indicó que el DIARIO DEL SUR, depositario anterior de la aquí actora, y las sociedades demandadas, formaban *“parte de un [g]rupo empresarial”*; señaló que los avisos fueron efectivamente publicados en las fechas indicadas en las facturas libradas y que corresponden a los descritos en las *“notas de publicación”* allegadas con la demanda; explicó que las tarifas mencionadas en esas notas, eran las *“vigentes del mercado”*; y aseveró que las accionadas no cancelaron el valor de las publicaciones que se efectuaron en su favor.

Más adelante, la diligencia es del siguiente tenor:

PREGUNTADO: Sírvase manifestar cu[á]l es el procedimiento seguido para la publicación de las pautas publicitarias, objeto de este proceso en el Diario Deportivo?

Radicación n.º 11001-31-03-003-2009-00014-01

CONTESTÓ: El cliente expresa su necesidad de realizar una publicación con fines publicitarios, en este caso la gerencia atendía directamente a estas empresas por ser parte del Grupo Empresarial, el Gerente del Diario Deportivo acordaba las fechas de publicación de cada aviso y daba instrucciones a la coordinadora de publicidad para reservar los espacios en los que debía salir publicado cada aviso en el Diario Deportivo, unos días antes de cada fecha el cliente envía el material para su publicación, este material bien puede ser un arte final que se envía por correo electrónico o medio magnético, la coordinadora de publicidad lo recibe y lo pasa al departamento de Diseño y Diagramación del Diario Deportivo para que lo ubique en la fecha y página acordada previamente con el cliente, por último el periódico sale impreso con los avisos que se han incluido en su diagramación.

PREGUNTADO: Sírvase manifestar si cuando el cliente envía el arte o diseño con los textos o fotografías que desea publicar ya existe un acuerdo con el periódico sobre el valor de la pauta publicitaria?

CONTESTÓ: Sí, en el momento en que [el] Gerente (...) habla con el cliente realiza una negociación según el tamaño, la ubicación, el color, la frecuencia de cada aviso, esta negociación se basa en un folleto que contiene las tarifas publicadas para los clientes del mercado publicitario.

PREGUNTADO: Manifieste si las tarifas de las pautas publicadas a cada una de las sociedades demandadas corresponden a las tarifas normales de mercado para la época de las publicaciones?

CONTESTÓ: Sí así es.

PREGUNTADO: Manifieste si hay alguna posibilidad que el Diario Deportivo hubiera publicado caprichosamente las pautas sin un acuerdo previo con el cliente?

CONTESTÓ: No lo creo, puesto que el Diario Deportivo es una empresa de la Dirección Nacional de Estupefacientes la cual está vigilada y auditada por empresas externas a las que hay que rendirle[s] cuentas sobre todos los aspectos y hubiera sí[d]o un riesgo si se llegara a publicar algún aviso que no se pudiera facturar ya que la Dirección de Estupefacientes vigilaba todos los ingresos de la compañía.

Radicación n.º 11001-31-03-003-2009-00014-01

Igualmente es imposible publicar un aviso sin un arte final suministrado por cada cliente, el diseño y el mensaje publicitario van por cuenta de las Agencias de Publicidad o los Departamentos de Diseño de cada cliente quienes son los que conocen sus estrategias de promoción, precio, servicios, etc. El Departamento de Diseño y Diagramación del Diario Deportivo no cumplía con las funciones de creatividad y [d]iseño para los clientes externos de la empresa. NO MAS PREGUNTAS.

Apreciada dicha declaración en toda su extensión, se establece que ella, ciertamente, no dio cuenta de la celebración del negocio sobre el que versó este proceso, sino que el testigo se refirió fue a como él creía que debió haberse realizado el mismo, lo que es bien distinto, toda vez que como desde los inicios de su exposición lo puntualizó, su desempeño como asistente de la gerencia de la empresa promotora de esta controversia empezó en abril de 2008, en tanto que la publicación de los avisos relacionados con las sociedades aquí convocadas, tuvo lugar en el año 2007.

De suyo que, como igualmente lo precisó el deponente, su conocimiento de esos avisos y de que su publicación no había sido facturada, obedeció a la revisión que de toda la pauta publicitada del año 2007 se hizo en la empresa actora, ordenada por la Dirección Nacional de Estupefacientes, lo que por sí descarta que el señor Mejía Estrada, antes de tal revisión y constatación, hubiese tenido un conocimiento directo de ese negocio.

Radicación n.º 11001-31-03-003-2009-00014-01

Por consiguiente, lo que se saca en claro de la declaración es que, como enfáticamente lo aseveró el testigo, los referidos avisos sí fueron publicados y su costo no aparecía sufragado a DIARIO DEPORTIVO S.A., circunstancias que el Tribunal, valga acotarlo, admitió.

Pero no que, ciertamente, esta sociedad y las demandadas hubiesen efectuado la negociación echada de menos por Tribunal y, menos aún, las condiciones del acuerdo supuestamente celebrado.

Véase que conforme el dicho del declarante, el precio registrado en las facturas que se libraron y remitieron a las accionadas, fue el que la actora, unilateralmente, decidió incluir cuando las expidió (19 de abril de 2008), calculado conforme las *“tarifas normales de mercado para la época de las publicaciones”*, mas no el que ella, de haber existido los contratos, acordó con los clientes.

Así las cosas e independientemente de que la prueba admita una valoración distinta a la que en torno de ella efectuó el *ad quem*, como la ensayada por el recurrente, no encuentra la Corte que tal ponderación constituya un error de hecho por tergiversación, pues como viene de analizarse, con la declaración del señor Mejía Estrada no se acreditó que entre la demandante y las accionadas existieron los negocios jurídicos que la primera invocó como causa de la obligación que reclamó de las últimas. Adicionalmente es verdad que el

nombrado testigo no laboraba al servicio de aquélla cuando debieron realizarse los mismos; que él, por lo tanto, no tuvo un conocimiento directo de su celebración; y que las manifestaciones que hizo en relación con ellos, fueron abstractas y generales.

3.2.3. Las facturas cambiarias de compraventa que la actora libró a cargo de las demandadas el 19 de abril de 2008, con igual fecha de vencimiento, el Tribunal las apreció en su materialidad, pero descartó que tuvieran mérito para demostrar el negocio jurídico presuntamente ajustado entre la actora y las accionadas por provenir solamente de aquélla, sin que en ningún caso sea admisible que una parte fabrique sus propias pruebas, argumento que no fue controvertido por el recurrente, para lo que tenía que formular el correspondiente error de derecho, que no propuso.

3.2.4. Fijada ahora la atención en la indebida ponderación del “*CONVENIO O CANJE PUBLICITARIO*” que el recurrente le reprochó al Tribunal, observa la Corte que tal censura es contradictoria, pues en un principio el impugnante sostuvo que dicho convenio “*constituye plena prueba de la obligación, de su existencia y de la voluntad del contratante de la pauta*”, pero luego señaló que no se le podía “*dar valor probatorio a un acto ilegal*” y que era “*clara la ilegalidad del supuesto canje*”, planteamientos que al ser opuestos, tornan la acusación en obscura e imprecisa y, por ende, en inatendible, por no cumplir la exigencia prevista en la

primera parte del inciso inicial del numeral 3º del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

Al margen de lo anterior, el ataque en cuestión es por completo inane, puesto que el *ad quem*, en definitiva, no tuvo en cuenta el “*presunto canje o compensación*”, como quiera que estimó que “*ante la ausencia de prueba de los presupuestos de la acción deprecada, no es necesario pronunciarse acerca de la defensas formuladas por la parte demandada (...) De manera, que discurrir sobre tal aspecto, resulta intrascendente, toda vez que la suerte de las súplicas del Diario Deportivo S.A., ya se encuentra definida en forma adversa*”.

Si la referida convención no tuvo ninguna incidencia en la decisión adoptada por el sentenciador de segunda instancia, la queja auscultada a nada conduce.

3.2.5. Es cierto que las demandadas no comparecieron a la audiencia programada para el 28 de junio de 2010 (fl. 162, cd. 1), en la que debían absolver el interrogatorio de parte que en oportunidad solicitó la gestora del litigio y que dentro de los tres días siguientes no justificaron el motivo de su inasistencia.

En lo pertinente, el acta en la que se recogió esa prueba reza: “*Dando aplicación al artículo 210 del C. de P. Civil, se tiene que se presumen ciertos los hechos susceptibles de prueba de*

confesión sobre los cuales versen los hechos de la demanda, valoración que se hará en la sentencia respectiva”.

La mencionada norma, establece:

La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.

*En ambos casos, **el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión** contenidos en el interrogatorio escrito, **en la demanda**, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos.*

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada (negrillas y subrayas fuera del texto).

No obstante lo anterior, el Tribunal estimó que no se configuró la confesión ficta en relación con las accionadas, puesto que para ello el inciso 2º del mencionado precepto “establece: ‘el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en... la demanda,... que se presumen ciertos’; esto, a fin de garantizar el derecho de defensa de la parte afectada con esa presunción, porque muy seguramente

Radicación n.º 11001-31-03-003-2009-00014-01

no todos tendrán esta calidad. (...); mal se haría entonces, en tener probado un hecho, sin que se le haya dado la oportunidad al extremo procesal de la litis que lo afecta, a controvertir el medio de convicción que se aduce en su contra”.

Al respecto, bueno es memorar que la Corte, en relación con los requisitos que son necesarios para que opere la confesión de que ahora se trata, tiene dicho que:

*Tampoco llama a dudas, en línea de principio, que la confesión ficta está sujeta a las exigencias del artículo 195 *Ibídem*, concretamente, a las concernientes con su validez, y, desde luego, a los requisitos generales establecidos por el ordenamiento procesal para la producción regular de cualquier medio probatorio, amén que es indispensable que de la no concurrencia del citado a la audiencia, de su actitud renuente o evasiva frente al interrogatorio, según sea el caso, quede atestación escrita en el acta de la audiencia. Y por mandato del artículo 22 de la Ley 794 de 2003, modificadorio del artículo 210 del C. de P. Civil, en ella se harán constar, igualmente, los hechos susceptibles de confesión. Por lo demás, es diáfano que ésta reclama para su validez que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; que verse sobre hechos personales suyos o ajenos de que tenga conocimiento; que éstos produzcan consecuencias jurídicas que le son adversas o favorezcan a su contrincante; y, por último, que los mismos sean susceptibles de ser probados por ese medio de persuasión (CSJ, SC del 14 de noviembre de 2002, Rad. n.º 1999-00403-01; se subraya).*

La indicada consideración del Tribunal, de ser equivocada, comportaría la comisión de un error de derecho,

toda vez que ella es resultado de la aplicación que el *ad quem* hizo de la norma disciplinante de la confesión ficta, esto es, que fue por razones estrictamente jurídico-probatorias que esa autoridad concluyó la inexistencia de dicho medio de convicción en el proceso, apreciación que, por lo mismo, no podía combatirse aduciéndose la comisión de un error de hecho, como desatinadamente lo hizo el recurrente, en tanto que ella, como viene de explicarse, no concernió con la contemplación material u objetiva del elemento de juicio mismo, sino con su configuración pero a los ojos de la ley.

No habiéndose desvirtuado ese raciocinio del juzgador de segunda instancia y siendo él suficiente para descartar que fuera dable en este asunto presumir como cierto alguno o algunos de los hechos de la demanda, es del caso colegir que tal ponderación suya, continúa irradiando sus efectos a la decisión desestimatoria que adoptó, para definir el litigio sometido a su composición.

4. En suma, se colige, que el cargo auscultado no está llamado a prosperar.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la

Radicación n.º 11001-31-03-003-2009-00014-01

sentencia proferida el 11 de octubre de 2011 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

Costas en casación a cargo de la recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de \$6.000.000.00, habida cuenta que la parte accionada replicó la demanda con la que se sustentó dicho recurso extraordinario. La Secretaría de la Sala elabore la correspondiente liquidación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA