



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Magistrado Ponente

SC1303-2022

Radicación n° 11001-31-03-004-2011-00840-01

(Aprobado en sesión virtual de siete de abril de dos mil veintidós)

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el demandante **PHB Waserhütte S.A.** frente a la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 16 de mayo de 2018. Tal proveído fue dictado en el proceso ordinario iniciado por el recurrente contra Puerto Brisa S.A.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

En la demanda presentada, la sociedad actora elevó tres grupos de pretensiones, una principal y dos subsidiarias. Las primeras se circunscribieron a que se declarara que entre las partes existió una relación contractual que fue terminada -unilateral e

injustificadamente por la demandada-. Y, en consecuencia, debía ser condenada por los perjuicios ocasionados. Las primeras subsidiarias pretendían que se declarase que entre una y otra existió una relación contractual. Y que la demandada incumplió injustificadamente sus obligaciones derivadas del contrato. Por lo tanto, se solicitaron los correspondientes perjuicios. Por último, las segundas pretensiones subsidiarias instaron a que se declarase que entre Puerto Brisa S.A. y PHB Waserhütte S.A. se llevaron a cabo negociaciones y tratativas precontractuales, encaminadas a ejecutar el desarrollo del proyecto Puerto Brisa. Que la demandada quebrantó las tratativas precontractuales. Y, por ende, se le solicitó la indemnización de tales perjuicios.

B. *Causa petendi*

1. El 15 de junio del 2010¹, la sociedad demandante presentó a Puerto Brisa S.A. proposiciones para realizar el diseño, fabricación, transporte, suministro, montaje mecánico y eléctrico y la puesta en marcha de un sistema integrado de buques (*ship loader*), bandas transportadoras y equipos complementarios, para la operación de granel sólido - en Dibulla, La Guajira-. Tras varios intercambios de mensajes electrónicos entre ambas sociedades -y después de haber celebrado distintas reuniones-, «el 16 de diciembre de 2010, la demandante recibió *confirmación formal de Puerto*

¹ Fls 257 “acápites de hechos de la demanda”

Brisa S.A.,² para contratar el «suministro y montaje de cargador de buques y banda transportadora en las cantidades, calidades, tiempos, precios y condiciones acordadas³».

2. Al día siguiente, el 17 de diciembre de 2010⁴, la demandada envió a PHB «*la carta de intención de compra⁵*», documento en el cual «*Puerto Brisa S.A., le notifica a PHB que ha sido elegido como primera opción para la contratación del diseño, fabricación, suministro, transporte hasta instalaciones de Puerto Brisa, montaje electro-mecánico y puesta en marcha del sistema de manejo a granel*». El valor señalado era de USD 14.020.100⁶. Por su parte, el plazo programado era de 15 meses⁷, a partir «*de esa misma fecha, es decir, de la fecha de adjudicación del proyecto⁸*». Adicionalmente, se concedió un término de 5 días al destinatario para que «*enviara la oferta comercial corregida, ajustada y definitiva según los términos establecidos en tal comunicación*».⁹

² Fls 483 cno.2 «*quiero confirmarte formalmente nuestra decisión de contratar con la compañía que representas el suministro y montaje de cargador de buques y banda transportadora en las cantidades, calidades, tiempos, precios y condiciones acordadas en nuestra grata conversación del día de ayer por favor envíanos cuanto antes la oferta comercial definitiva con las modificaciones. Muchas gracias, Javier Méndez*»

³ Fls 259 hecho 17 del libelo.

⁴ Fls 259 hecho 19 del escrito inicial.

⁵ Fls 76 cno.1 «*Señores PHB WESERHUTTE, con la presente queremos comunicar formalmente que Puerto Brisa S.A. ha decidido elegirlos como primera opción para contratar con ustedes el diseño, fabricación suministro, transporte, hasta instalaciones de Puerto Brisa, montaje electro-mecánico y puesta en marcha del sistema de manejo de carga a granel, compuesto de los siguientes equipos: 1 banda transportadora, 1 sistema de transferencia, 1 banda transportadora, 1 chip loader, 1 Tripeer car. Todo por un valor total único inmodificable de USB 14.020.100, con un plazo total de ejecución y entrega de 15 meses contados a partir del día de hoy, y de conformidad con las cantidades características y especificaciones y condiciones de su oferta comercial No 2110013 Rev-06 modificada según lo acordado en nuestra conversación personal el día 14 de diciembre de 2010. Para efectos de articular esta selección y si fuese su interés solicitamos se sirvan enviarnos antes de 5 días calendario la Oferta Comercial corregida, ajustada y definitiva según los términos de lo acordado junto con la correspondiente memoria técnica, para proceder a la suscripción del contrato correspondiente cuya pro forma haremos llegar en posterior correo, Cordialmente, Fernando San Clemente alzate.*

⁶ Fls 259 hecho 19 del escrito inicial.

⁷ Eiusdem.

⁸ Eiusdem.

⁹ Precisamente, «*con el objetivo de cumplir con el plazo pactado, Michel Fuentes -PHB, mediante correo electrónico de 20 de diciembre de 2010, envió al Ingeniero Luis Manuel Espinoza-Puerto brisa SA las ofertas técnica y comercial contractuales, actualizadas de conformidad con las reuniones realizadas en los días anteriores al igual que manifestó que a la espera de la minuta del contrato que formalizaría la relación contractual surgida a raíz de la carta de intención*». Fls 259 hecho 21 de la demanda

3. En atención a lo anterior, *la demandante conformó un equipo de trabajo*¹⁰ para el desarrollo de las obligaciones contraídas con Puerto Brisa S.A., quien se comunicaba continuamente con el ingeniero Espinosa -empleado de Puerto Brisa S.A.- A su turno, y después de efectuar ajustes nuevamente a la oferta¹¹, el 28 de diciembre de 2010¹², la contratante remitió la proforma del contrato para revisión de PHB¹³.

4. El 4 de enero de 2011, Puerto Brisa -a través de correo electrónico- indicó lo que viene: *«quisiéramos que nos envíen tan pronto como le sea posible los comentarios a la pro forma de contrato que les enviamos»*.¹⁴ El destinatario, el 5 de enero de 2011, envió misiva en que señaló lo siguiente: *«adjunto os remitimos vuestro borrador de contrato con los comentarios que consideramos más importantes estamos aún a la espera de que nuestro departamento jurídico nos pase sus puntualizaciones que de haberlas serían básicamente de tipo legalista»*.¹⁵

5. El 18 de enero de 2011¹⁶, *«los representantes de PHB Weserhutte S.A. y Puerto Brisa S.A. se reunieron en la ciudad de Bogotá y se convocó a la reunión al contratista de la obra civil. Uno de los compromisos adquiridos en esa reunión por PHB Weserhutte S.A. fue*

¹⁰ Fls 259. Hecho 22.

¹¹ Fls 260 *«Luego de realizar los ajustes a la oferta comercial según los requerimientos de Puerto Brisa S.A, PHB Weserhutte S. A. envió a Luis Manuel Espinosa de Puerto Brisa el 27 de diciembre de 2010 el documento que contenía la oferta comercial con los ajustes.*

¹² Fls 260. Hecho 32.

¹³ *Ejusdem.*

¹⁴ Fls 510 cno 2

¹⁵ Fls 511 cno 2.

A reglón seguido se acotó *<<como podréis comprobar, la mayor parte de los comentarios indicados están basados en la oferta comercial contractual que ya os enviamos en diciembre, en la que se recogía tanto lo que indica vamos en nuestras anteriores ofertas comerciales, como lo que tratamos con más detalle en las conversaciones de la última semana, os adjuntamos nuevamente la citada oferta comercial contractual>>*. Fls 511 cno. 2.

¹⁶ Fls 523 cno. 2

*brindar al contratista de obra civil información que requiriera, la cual en efecto fue enviada por PHB».*¹⁷

6. El 25 de enero de 2011 PHB Weserhutte S.A. remitió comunicación en la que manifestó *«Tal como acordamos en la reunión del pasado jueves, adjunto os remito dos archivos, uno con la propuesta de cláusula completa de Seguros, cláusula 13, en la que esperamos haber conseguido plasmar el objetivo vuestro de seguridad de nuestro cumplimiento de obligaciones, y el nuestro de minimizar costos cuya demasía sólo beneficiaría a la entidad aseguradora; el otro archivo muestra un desglose del precio contractual que permitiría una comprobación sencilla los avances de entregas y de trabajos facilitando así el proceso de emisión y chequeo de la facturación»*¹⁸. Así las cosas, el 21 de febrero de 2011¹⁹, una funcionaria de PHB Weserhütte S.A. envió *«la propuesta para la instalación de una doble línea de 5.000 T/h, y por lo que respecta alternativa de instalación para 7.500 T/h, vamos a estudiar en detalle la variación de costos que implica; el próximo viernes les confirmaremos si la cifra ya presentada de 4.600.000 se mantiene o sufre algún ajuste»*²⁰.

7. El 24 de febrero de 2011²¹, Puerto Brisa S.A. envió *«una propuesta de minuta de contrato para dejarlo por escrito, de la cual se solicitaba su completa aceptación para el lunes 28 de febrero»*²². Sobre el particular, el 25 de febrero, PHB Weserhütte S.A., se manifestó en los siguientes términos: *«Ahora, con fecha 24 de febrero de 2011, se nos envía una nueva revisión del contrato solicitándonos su completa aceptación para el lunes 28 de febrero 2011. Este revisado contrato difiere sustancialmente en aspectos muy importantes para nosotros de las condiciones pactadas en la carta de*

¹⁷ Fls 133 con. 3

¹⁸ Fls 526 cno. 2.

¹⁹ Fls 263. Hecho 43 del libelo.

²⁰ Fls 550. Cno. 2.

²¹ Fls 263. Hecho 44 de la demanda.

²² Ibidem.

fecha 17 diciembre 2010 que son las que regulan nuestra relación contractual. Queremos indicar que estas condiciones que modifican sustancialmente las pactadas no son aceptables para nosotros. Debe tomarse como base para la firma nuestra propuesta de contrato enviado el 05 de enero de 2011, con el punto 13 revisado el 24 de enero de 2011.»

8. Frente a ello, el 9 de marzo de 2011, el representante legal de la demandada remitió comunicación en la que señaló «Hemos recibido la comunicación de PHB del 25 de febrero de 2011, en donde manifiestan su extrañeza por las cláusulas del borrador de contrato enviado por nosotros el 24 de febrero de 2011. Lamentamos estar en completo desacuerdo con su mensaje. Ustedes saben bien, desde el inicio de las negociaciones, que estábamos haciendo consultas a varios eventuales proveedores, manteniendo siempre diferentes opciones. Hemos adelantado negociaciones con ustedes y otros, durante el curso de las cuales, tanto ustedes como nosotros comerciantes expertos, en la medida en que cada parte identificaba las ventajas o riesgos de las diferentes alternativas, hacíamos propuestas y contrapropuestas. En algún momento de esas negociaciones ustedes se colocaron de primeros entre las opciones que estudiábamos, pero sin que las negociaciones hubiesen concluido, porque siempre se mantuvieron posiciones distintas en algunos asuntos y nunca se suscribió un contrato (...) ha sido evidente de que nuestras compañías han adelantado un dilatado e infructuoso proceso de negociación de la minuta de un contrato que regule su eventual relación futura²³». Adicionalmente, informó que se daban por finalizadas las negociaciones al no haberse podido llegar a un acuerdo. «En su comunicación del 25 de febrero, PHB manifiesta su desacuerdo con las condiciones propuestas, por lo que, por medio de la presente. Puerto Brisa da por finalizado el proceso de negociación con PHB agradeciéndole su interés en el proceso».²⁴

²³ Fls 246 a 247. Cno 1.

²⁴ Fls 248. Cno 1.

9. Finalmente, adujo que *«La terminación unilateral del contrato, o suspensión intempestiva de las tratativas, ha ocasionado unos perjuicios muy considerables a PHB y conllevan a una responsabilidad contractual o precontractual a puerto brisa²⁵»*

C. Posición de la demandada

La interpelada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que nominó: *«la invitación realizada por Puerto Brisa fue una mera invitación a emprender conversaciones para negociar y no una verdadera oferta de la cual se pudiera derivar una relación contractual»; «inexistencia de contrato por falta de sus elementos y por no haber nacido a la vida jurídica»; «falta de aceptación de la propuesta dentro de la invitación a negociar»; «inexistencia del contrato por falta de perfeccionamiento»; «nulidad relativa por falta de facultades de los representantes legales de Puerto Brisa y de PHB»; «nulidad relativa por falta de facultades legales de los representantes legales y suplentes de Puerto brisa»; «falta de legitimación en la causa para demandar el pago de perjuicios por incumplimiento o terminación unilateral de un contrato que no existió», «inexistencia de responsabilidad precontractual», entre otras.*

En síntesis, sostuvo que las partes nunca estuvieron de acuerdo sobre los elementos del contrato. Afirmó que la invitación a recibir ofertas no fue una oferta comercial. Además, aseveró que -desde el comienzo- Puerto Brisa S.A. condicionó el perfeccionamiento del contrato a la existencia de un documento escrito que incluyera todos los elementos del acuerdo. También, evidenció que, en caso de considerarse que sí hubo una relación contractual, debía entenderse que

²⁵ Fls. 264. Hecho 54 de la demanda.

esta sería nula por falta de facultades de los representantes legales para celebrar negocios por valor de USD14.020.000.

D. Resolución en las instancias

La primera instancia fue resuelta por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá -con sentencia del 27 de noviembre del 2017-, que negó las pretensiones de la demanda.

Inconforme, el actor apeló. Para el efecto, en audiencia enunció que los reparos se circunscribían a: i) la falta de análisis de las pruebas que ratifican el hecho de que existió un contrato entre las partes; ii) la ausencia de valoración de la vinculación de los testigos con la parte demandada; iii) inconformidad sobre la forma de perfeccionamiento del contrato. Todo lo anterior, como consecuencia de la ausencia de valoración conjunta de las pruebas.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal comenzó por anunciar que su competencia está circunscrita al ámbito de los reparos elevados. En efecto, *«el temario de este fallo está limitado por los reparos»*, tal como lo indica el artículo 382 del Código General del Proceso.²⁶

²⁶ En ese orden de ideas, destacó que los motivos de impugnación eran los siguientes: i) *«la falta de análisis de las pruebas (...) que demuestran que efectivamente existió contrato»*. ii) *«que se le dio (...) mayor crédito a los testimonios de la parte demandada»*. Y iii) que no está de acuerdo *«con que precisamente se le de validez al hecho de que la parte demandada considere que el perfeccionamiento del contrato se lograba con la suscripción de un contrato, sin tener en cuenta que se había perfeccionado mediante el (...) acuerdo planteado mediante el documento de 16 de diciembre de 2010»*²⁶. Seguidamente, con pábulos en la jurisprudencia de esta Sala, advirtió que *«el superior en materia técnica de apelación no puede de manera oficiosa buscar las razones de*

2. Una vez definida la órbita competencial, precisó que el problema jurídico estribaba en determinar si existió o no contrato.

2.1. Memoró que, para el recurrente, «*se encuentra probado el perfeccionamiento del contrato de obra acorde con dicho correo de 16 de diciembre del 2010, emitido por el señor Javier Méndez*»²⁷. Sin embargo, para el Tribunal tal aseveración no es cierta, pues existe coincidencia en dos testimonios -los correspondientes al ingeniero Espinosa y al señor Michel Fuentes-, «*que fueron determinantes a la hora de fijar el posible perfeccionamiento del contrato de obra*».²⁸

2.2. Adicionalmente, aseveró que «*incluso el demandante no tiene muy claro cuál es el momento del perfeccionamiento del contrato. Y es que, en la demanda, en el hecho diecisiete, afirmó que a partir del contenido del correo el contenido del correo -16 de diciembre de 2010- era dable entender que el negocio ya había sido concretado*».²⁹

*inconformidad del apelante. No hay apelaciones panorámicas*²⁶». Lo anterior, con el propósito de ceñirse a los aspectos planteados en la alzada.

²⁷ Minuto 42: 17 a 42: 25

²⁸ Por otro lado, el apelante criticó que se dejó de lado la comunicación del 16 de diciembre del 2010, la que, a ojos del demandante, es la prueba de la aceptación de la oferta. No obstante, para el Colegio, tal correo electrónico «*no es el medio idóneo para el perfeccionamiento del contrato de obra o del contrato que se había invitado a celebrar pues de los testimonios, así como de las pruebas documentales aportadas quien redacta tal correo no tiene la capacidad para obligar a puerto brisa y menos aun siendo que no era su representante legal. El único que tiene esa capacidad para el caso era Fernando Sanclemente, circunstancia que era suficientemente conocida por las partes*». Minuto 42:48 a 43:01.

Aunado a lo anterior, evidenció que, en la comunicación realizada a través de correo electrónico, asumiendo que se tratara «*de un evento de representación aparente, no podía implicar aceptación pues de su contenido, a lo sumo, se podría extraer la intención de contratar que no la aceptación de una oferta*». En tal sentido, aclaró que la aceptación de la oferta «*tiene que venir expresado de manera pura y simple, cosa que acá no sucedía pues se anunciaba la necesidad de que se remitiera una "oferta comercial definitiva", así entre comillas, con esa denominación, que se remitiera una oferta comercial definitiva que correspondiera a los acuerdos que allí llamaron modificaciones*». De manera que, «*la intención de las partes era que el contrato se celebrara posteriormente y luego del cruce de la correspondiente, oferta y su aceptación todo ello expresión de las máximas formalidades que se acompañan con la concreción de un contrato de semejante envergadura*». Minuto 43:17 a 43:56.

²⁹ Sin embargo, «*en la misma demanda se relacionan hechos a partir de los cuales PHB terminó por darle alcance al contenido de una carta suscrita por el presidente de la empresa convocada de 17 de diciembre de 2010, en la cual apenas consta que se formalizaba que Puerto Brisa había decidido elegir a PHB como "primera opción para contratar" (...), lo cual pone de presente que*

2.3. Por otra parte, subrayó que, en la carta del 17 de diciembre de 2012, se resaltó que «PHB tenía que modificar su oferta según lo acordado en una conversación entre las partes que tuvo lugar el 14 de diciembre del mismo año. Tenía que hacer esa modificación».³⁰A su turno, siguió ahondando en el escrito de demanda, del cual estimó que las partes litigiosas aún no habían llegado a un acuerdo definitivo.³¹

contrato en cuanto tal (...) todavía no existía y que ello era consciente de la empresa demandante». Minuto 44:01 a 44:56

³⁰ En efecto, en la mencionada misiva «se hizo constar “para efectos de articular esta selección y si fuese de su interés solicitamos que se sirva enviarnos antes de 5 días calendario la oferta comercial corregida, ajustada y definitiva, según los términos de lo acordado junto con la correspondiente memoria técnica para proceder a la suscripción del contrato correspondiente, cuya proforma le haremos llegar en posterior correo,”». Lo cual patentizó que «si ya se hubiera celebrado un contrato no parece muy consistente que la parte contratante todavía se estuviera refiriendo a que era menester hacerle ajustes a la oferta». Y «mucho menos que el contratista dándole como se dijo alcance a la carta de 17 de diciembre de 2010 se hubiera dado a la tarea de cumplir con el plazo pactado de 5 días». Minuto 45:20 a 46:26.

³¹ Justamente, advirtió que en el hecho veintiuno se consignó que se remitió por «correo vía electrónica [el 20 de diciembre de 2010] las ofertas técnicas y comerciales contractuales actualizadas de conformidad con las reuniones realizadas en los días anteriores y además quedando a la espera de la minuta del contrato que formalizaría la relación contractual». Minuto 46:30 a 46:38.

Adicionalmente, destacó que «con posterioridad a los hechos en comento, que indican de manera por lo demás concluyente que las partes todavía no habían llegado a un acuerdo sobre una propuesta definitiva de contrato, según la propia demanda, consta que continuaron realizando ajustes a los extremos del objeto contractual, como que el 23 de diciembre, hecho veinticuatro, se le informaba PHB que el contrato aún no había sido enviado por cuanto era necesario hacer unos ajustes a la oferta técnica. Frente a lo cual ese mismo día se le remitieron a phb las observaciones acerca de la última revisión de la oferta técnica que había sido enviada el 20 de diciembre³¹. Seguidamente, apuntó que «el candidato a contratista reconoció en la demanda que procedió a contestar una a una las antedichas observaciones, lo cual refuerza la idea de que para entonces las partes continúan afinando los términos de la futura convención». En consecuencia, denotó que «el hecho de que eventualmente ya se hubieran puesto de acuerdo en puntos más o menos significativos del negocio, sea condición suficiente para concluir que el mismo ya se encontraba perfeccionado». Minuto 47:21 a 47:44.

Asimismo, recalcó que «fue sólo hasta el 27 de diciembre que PHB se cita de la propia demanda “envió el documento que contenía la oferta comercial con los ajustes”, pero a sabiendas de que conforme al contenido de la carta de 17 de diciembre del 2010 todavía no existía contrato. Circunstancia que se corrobora con el hecho de que, para el 07 de febrero del 2011, Puerto Brisa le comunicó que era necesario replantear los requerimientos de capacidad del sistema de banda transportadora y el cargador de buques. Por lo que le solicitaba PHB que presentará una nueva cotización, según las características de la nueva banda y del ship loader, a más tardar el 14 de febrero de 2011». Minuto 47:55 a 48:31

En ese orden, singularizó que, para la Sala era claro que para el 27 de diciembre del 2010 no consta que se hubiera celebrado el contrato, «pues hasta el momento las empresas venían conviniendo los extremos del negocio jurídico, lo cual corresponde propiamente la frase a la fase precontractual, de las tratativas o contactos preliminares». Minuto 48:35 a 48:55.

Por otro lado, estimó que «ambas partes entendieron que las negociaciones culminarían mediante la suscripción de una minuta de contrato. En esas condiciones, no es de recibo que el recurrente desconociendo que a partir de su propia conducta le había dado alcance al contenido de la carta del 17 de diciembre del 2010, en donde es inequívoco que para entonces no existía contrato, y que de celebrarse lo sería ulteriormente y por escrito, reivindicó que el acuerdo de voluntades quedo perfeccionado a partir del contenido del correo electrónico que recibió el 16 de diciembre del 2010». Minuto 49: 01 a 49:30.

Además, señaló que *«la solicitud por parte de puerto brisa de ajustar una nueva cotización con miras a un proyecto de mayor capacidad, según se dijo en el hecho 36, y el hecho de que el 24 de febrero se haya remitido una minuta de contrato, que modificaba sustancialmente las condiciones contractuales pactadas anteriormente, y que no reflejaba los acuerdos a los que las partes habían llegado, conforme se dijo textualmente en el hecho 44 en la demanda, son circunstancias que en modo alguno pueden reputarse como un incumplimiento o una modificación unilateral, a un contrato que en puridad todavía no existía»*.³²

2.4. A su turno, en lo que corresponde a la pretensión subsidiaria, enarbolada en la audiencia de sustentación, en punto de la responsabilidad precontractual, aclaró *«que según el demandante [las modificaciones unilaterales] terminaron por conducir a la frustración de toda la negociación, eventualmente podrían ser juzgadas a la luz de las reglas propias de la responsabilidad precontractual. Evidenció que «el recurrente en la apelación no elevó ningún reparo contra la sentencia»*.³³

3. Inconforme, la sociedad pretensora interpuso la impugnación extraordinaria, concedida con proveído de 28 de mayo de 2018 (fl.11, c. 13).

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN.

Se formularon cuatro cargos.³⁴

³² Minuto 49:45 a 50:13.

³³ Y subrayó que *ningún reparo, contra la sentencia apelada en punto de la negativa del a quo a darle viabilidad a las pretensiones relativas a la ruptura injustificada de las tratativas, que es a lo que en últimas conduciría un cambio intempestivo del objeto del contrato. Al Tribunal no le es dado a abordar el análisis de esa materia de manera oficiosa*. Minuto 50:18 a 51:17.

³⁴ Primero se despachará la queja que denuncia un error *in procedendo*, a saber, el cuarto cargo. Después será estudiado el cargo primero, relativo a la violación directa de la norma sustancial. Finalmente, serán evacuados de forma conjunta los reparos segundo y tercero, por fundamentarse en los mismos supuestos de hecho.

CUARTO CARGO

Bajo la causal tercera del artículo 336 del Código General del Proceso, se acusó la sentencia de segundo grado de no estar en consonancia con las pretensiones subsidiarias de la demanda sobre responsabilidad precontractual alegada.³⁵ Aseguró que la falta de reparos por el apelante ante la ausencia de pronunciamiento sobre dichos pedimentos secundarios no es óbice para omitir el análisis que se extraña en primera instancia.³⁶

Por otro lado, trajo de presente que el reproche elevado por el apoderado de la demandante sobre la falta de apreciación de la prueba se hizo frente a todo el análisis probatorio, sin concretarlo a las peticiones principales únicamente.³⁷ Ciertamente, a fin de fundamentar lo dicho, aseguró que en el juicio quedó probada la terminación

³⁵ Se aseveró que el Tribunal «debió proceder a estudiar la buena fe en dichas tratativas, la desatención de ese deber por parte de la entidad demandada y a examinar la responsabilidad reclamada en las pretensiones subsidiarias a la luz del artículo 863 del Código de Comercio colombiano. Nada de eso se hizo. La sentencia de primera instancia se limitó a negar las pretensiones subsidiarias sin considerarlas y la de segunda, que se acusa en este recurso, ni por asomo hizo referencia a las pretensiones subsidiarias de responsabilidad precontractual y reparación del daño por el interés negativo o de confianza que se deriva de las relaciones contractuales frustradas».

³⁶ Sobre el particular se cuestionó lo que viene: «¿Cómo iba a argumentar la parte apelante sobre las pretensiones subsidiarias, si el a quo no las consideró y no se pronunció frente a ellas?». Aunado a ello, señaló que el caso que ocupa la atención es de aquellos en los cuales el Tribunal ha debido pronunciarse de oficio, «toda vez que estaba en juego uno de los elementos esenciales de todo fallo judicial, como lo es la congruencia entre las pretensiones y lo fallado (artículo 281 del C.G.P.), y de paso la validez de la decisión misma».

³⁷ Insistió en que no «pueden tenerse por saneados aquellos vicios de consonancia bajo la excusa de no ser protestados expresamente. Y mucho menos hacer una distinción sobre los argumentos que no hizo quien interpuso el recurso. La protesta fue genérica: no se atendió al análisis probatorio en forma adecuada, lo cual debe entenderse como relacionado con todo el litigio sin distinción alguna, incluyendo las pretensiones aquí dejadas de apreciar». Dicho esto, aludió a que en el proceso es abundante la prueba de la ruptura injustificada que Puerto Brisa S.A. le dio al impulso contractual que traían las partes. Evidenció que «La falta de seriedad de la parte demandada es manifiesta y por ello era procedente, en forma subsidiaria, la declaración de responsabilidad precontractual. Aunque consideramos que lo que en realidad se rompió fue el contrato, configurando una terminación injustificada y/o un incumplimiento del principio de la pacta sunt servanda, aceptando en gracia de discusión el argumento del Tribunal de que no se pasó de las tratativas preliminares, es imperioso entonces analizar la conducta de la parte demandada, como violatoria del deber de buena fe, en la medida que rompe el impulso contractual sin justificación alguna y ello genera la obligación de reparar el daño que ha causado».

intempestiva y de mala fe de las tratativas por parte de Puerto Brisa S.A.³⁸

CONSIDERACIONES

1. Esta Sala observa que el cargo incoado bajo la causal tercera de casación no se abre paso. En virtud del inciso primero del artículo 281 del Código General del Proceso, los jueces circunscriben su ámbito decisional, de conformidad con los límites que las partes definen en la demanda y su contestación. En atención a ello, adolece de incongruencia la providencia que resuelva la controversia con apoyo en hechos distintos de aquellos que integran la plataforma fáctica del escrito introductor.³⁹

Así las cosas, es claro que el fundamento de la sentencia es la totalidad del material procesal. En tal virtud, la providencia decisoria no puede ir más allá ni fuera de las peticiones de la demanda, pues se incurriría en su orden en decisión «*ultrapetita*» o «*extrapetita*» y debe configurarse sobre los

³⁸ Para ello, aludió al envío de un nuevo contrato con cambios sustanciales en las condiciones para PHB, «*con la cual buscaba los acuerdos logrados entre las partes, no solo desmejoraba considerablemente las condiciones para PHB, como consta en la tabla comparativa que se anexa a esta demanda, sino que además incluía algunas disposiciones cuya única finalidad era hacer imposible el cumplimiento e inducir a PHB a terminar las negociaciones*». Modificaciones que implicaban una alteración abusiva de los términos acordados por parte de Puerto Brisa S.A., que desmejoraban la posición contractual de PHB.

También se refirió a las comunicaciones internas de los funcionarios de Puerto Brisa -del 13 de diciembre del 2010-, que muestra «*que para esa fecha se seguían adelantando conversaciones con la otra empresa al igual que con PHB, así como el hecho de que la misma Puerto Brisa reconoció lo siguiente: (a) la oferta de PHB era considerablemente superior a la de Bedeschi; (b) PHB disminuyó su oferta económica al máximo posible; y (c) presentó diferentes alternativas para lograr un acuerdo que fuera conveniente para ambas partes*».

³⁹ De manera que los fundamentos de la sentencia deben existir, por regla general, al tiempo de la interposición de la demanda, porque aquella decide una situación anterior a esta, por lo cual no puede resolver sobre hechos posteriores. Con todo, este principio se flexibiliza con la posibilidad que tienen las partes de reformar la demanda y de que el juez tenga en cuenta «*cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el que versa el proceso, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente y alegado antes de la sentencia en cualquiera de las instancias o que la ley permita considerarlo de oficio*» (Art. 281).

hechos fundamentales de la misma. Adicionalmente, se debe proveer sobre todas las pretensiones y excepciones propuestas, so pena de incurrir en «*mínima petita o citra petita*».⁴⁰

2. Dicho lo anterior, y para efectos de dilucidar el cargo que ocupa la atención de la Corte, es necesario reseñar brevemente lo decidido por el Juez Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá al resolver la instancia.⁴¹ Al desatar la apelación propuesta únicamente por el demandante, el Tribunal resolvió «*confirmar la sentencia apelada proferida el 27 de noviembre del 2017 por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito*».

2.1. Así las cosas, tal devenir procesal tornaría inconveniente, de entrada, el cuestionamiento de la sentencia de segunda instancia al tratarse de providencias

40 Hernando Morales Molina. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, Novena Edición. (Editorial ABC, 1985), Bogotá. Pg. 480.

Huelga recordar que tales límites en la actividad del juez no se ciñen exclusivamente a lo que ocurra en la primera instancia. Véase que el artículo 328 del ordenamiento adjetivo prevé que «[e]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse **solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante**, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley» (énfasis de la Sala), lo que implica, por supuesto, que la autoridad judicial debe atenerse a lo que es objeto de reparo en la pretensión impugnativa, salvo los casos en que deba fallar de oficio por previsión expresa de la ley.

Sobre este tema, la Sala razonó que «*la incongruencia no se presenta solo cuando existe una disonancia entre lo invocado en las pretensiones de la demanda y lo fallado, sino que también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso (pretensión impugnativa), que indudablemente corresponde a una invocación del derecho sustancial controvertido*» (CSJ SC4415 de 2016, rad. 2012-02126, citada en SC3918-2021 del 08 de sept.).

⁴¹ En su determinación, el despacho negó las pretensiones principales y primeras subsidiarias de la demanda, relacionadas con la responsabilidad civil contractual, comoquiera que, en síntesis, «*el intercambio de comunicaciones entre demandante y demandada no fueron más que actos preliminares o antecedentes o, lo que es lo mismo, introductorios, consistentes en conversaciones, deliberaciones o discusiones referidas al negocio en ciernes, carentes de eficacia jurídica pues nunca logró concretarse de modo firme, inequívoco, preciso y completo el trato que se pretendía cerrar para acomodarlo como contrato*». Minuto 1:35 en adelante del audio «CP_1127111255793».

A continuación, el a quo dictaminó que tampoco era procedente acceder al segundo grupo de pretensiones subsidiarias puesto que «*si bien es cierto quedó demostrada la existencia de unas negociaciones y tratativas contractuales, encaminadas a ejecutar el desarrollo del Proyecto Puerto Brisa, lo cierto es que tal como se indicara en párrafos anteriores, no fue más que un acto preliminar o introductorio, consistente en conversaciones, deliberaciones o discusiones referidas al negocio a definir, carente de eficacia jurídica pues nunca logró concretarse de modo firme, inequívoco, preciso y completo el trato que se pretendía cerrar*».

totalmente desestimatorias de las pretensiones de la demanda.⁴²

Pese a lo anterior, esta Corte ha reconocido que excepcionalmente el juzgador puede incurrir en incongruencia en providencias totalmente desestimatorias, cuando la decisión es ajena a lo debatido por las partes. Es decir, cuando se desconoce la situación fáctica puesta de presente. Así mismo, *«igual yerro comete el funcionario judicial si tiene por probadas defensas no esgrimidas en tiempo y que eran del resorte exclusivo de una de las partes, como la prescripción, la nulidad relativa y la compensación»*⁴³ y cuando existe exceso o deficiencia⁴⁴ del funcionario judicial de segunda instancia al decidir el recurso de apelación.

Adicionalmente, ha precisado la jurisprudencia de esta Sala que *«la incongruencia no se presenta solo cuando existe una disonancia entre lo invocado en las pretensiones de la demanda y lo fallado, sino que también se patentiza cuando la sentencia no armoniza*

⁴² Esto habida cuenta que *«(e)ste motivo de impugnación, en principio, es ajeno a los fallos completamente adversos a quien provoca el conflicto, en la medida que brindan una solución íntegra frente a lo requerido y sus alcances totalizadores no dejan campo para la duda o la ambivalencia. En otras palabras, se niega lo que se pide y, por ende, no puede decirse que exista una contradicción por el sólo hecho de que el reclamante insista en un propósito y el funcionario no encuentre soporte al mismo»* (CSJ SC de 18 dic. 2013, rad. 2000-01098-01).

⁴³ SC3918-2021 del 08 de sept.

⁴⁴ Sobre la deficiencia de la sentencia como causal de incongruencia, ha sostenido esta Sala que: *«(...) la falta de consonancia (...) ostenta naturaleza objetiva, al margen de las consideraciones normativas, la valoración probatoria o eventuales yerros de juzgamiento, y no se estructura por simple divergencia o disonancia con la decisión». A este propósito, tiene dicho la Sala que, «la trasgresión de esa pauta de procedimiento no puede edificarse sobre la base de controvertirse el juzgamiento del caso, porque el error se estructura, únicamente, tratándose de la incongruencia objetiva, cuando se peca por exceso o por defecto (ultra, extra o mínima petita)» (...). Del mismo modo «...nunca la disonancia podrá hacerse consistir en que el tribunal sentenciador haya considerado la cuestión sub-judice de manera diferente a como la aprecia alguna de las partes litigantes, o que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por alguna de estas...» (...), «la carencia de armonía entre lo pedido y lo decidido, referida como es al contenido de la sentencia, ha de buscarse, en línea de principio, en la parte resolutive de la misma, «pues la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo» CSJ SC, 10051 del 31 de julio de 2014, Rad. n°1997-00455-01 se subraya)*

con lo pedido en la sustentación del recurso que, indudablemente, corresponde a una pretensión del derecho sustancial controvertido»⁴⁵.

En efecto, en torno a la apelación, la doctrina jurisprudencial ha considerado que existe incongruencia cuando no se advierte armonía entre los argumentos propuestos al apelar y la sentencia del ad quem⁴⁶. Sobre el tema:

«[P]ronunciarse sobre puntos o extremos del litigio que no fueron materia de la apelación -ni están íntimamente conectados con ella... [es] un asunto que atañe al derecho sustancial que tiene el recurrente para que la resolución de su impugnación no toque puntos que no quiso llevar al debate de la segunda instancia... [por tanto], si el fundamento de la acusación obedece a una desviación del tema que fue objeto de la pretensión deducida en la sustentación del recurso, el ataque deberá dirigirse por la senda de la causal segunda de casación, por vicio de incongruencia entre lo pedido por el impugnante y lo resuelto por el ad quem (SC14427, 10 oct. 2016, rad. n.º 2013-02839-00)».

Al respecto esta Corporación ha indicado [*Cumple recordar que la congruencia de la sentencia es principio cardinal del conjunto de garantías del debido proceso, que evita el exceso o el defecto de esa decisión respecto del marco jurídico de lo que compete resolver, previsto en el artículo 305 del citado estatuto, bajo cuyo tenor el juez debe sujetar la solución del conflicto a los hechos y las pretensiones de la demanda o demás oportunidades autorizadas, así como las defensas frente a esta última, sin desmedro de lo que ha de resolverse de oficio, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada de esta corporación, acatar*

⁴⁵ SC5142, 16 dic. 2020, rad. n.º 2010-00197-01. Postura que ha sido adoptada como doctrina probable, tal como se clarificó en SC5453-2021.

⁴⁶ Sobre el tema, en SC3627-2021 se dijo lo siguiente: **«Además de los supuestos enunciados, por doctrina jurisprudencial se consideró que existe incongruencia cuando hay disarmonía entre los argumentos propuestos al apelar y las determinaciones adoptadas por el sentenciador de segunda instancia. (...)**

Precedente repetido por la Corporación, como consta en los fallos de 12 diciembre 2007 (rad. n.º 1982-24646-01), 1º de noviembre de 2013 (rad. n.º 1999-00355-01), 13 de abril de 2016 (rad. n.º 2012-02126-00) y 31 de mayo de 2018 (rad. n.º 2005-00346-01), de allí que constituya una doctrina probable de la Corporación» (negritas propias).

la congruencia implica que debe haber armonía entre lo pedido y lo resistido» (SC 22036, 19 dic. 2017, rad. n° 2009-00114-01, citada en SC 4257 de 9 de nov. 2020 rad n° 2010-00514-01 destacado de Sala).

Para otorgar mayor claridad al asunto, esta misma Sala ha expuesto que, de la inteligencia de la norma, se sustrae que las facultades del superior se circunscriben a los reparos concretos expuestos por la parte al momento de interponer el recurso de apelación. Sobre el tema, en SC3148-2021 se dijo que:

(...) «la apelación de sentencias supone, en resumen, dos actuaciones del recurrente:

La interposición de la impugnación ante el a quo, con expresa y concreta indicación de los “reparos concretos” que se formulen al fallo cuestionado, laborío que él deberá hacer oralmente en la audiencia donde se profiera el mismo, o por escrito, dentro de los tres días siguientes a la fecha de ese acto, o de la notificación, si la sentencia no se dictó en audiencia.

Y la sustentación, que debe guardar estricta armonía con los referidos reproches específicos indicados al interponerse el recurso y que, necesariamente, debe realizar ante el superior, en la audiencia contemplada por el artículo 327 del Código General del Proceso. La insatisfacción de cualquiera de esas exigencias trae como consecuencia la deserción del recurso, determinación que adoptará el a quo, si se deriva del incumplimiento de la primera o, el ad quem, si de la segunda.

(...) Se sigue de todo lo hasta aquí expuesto, que las facultades que tiene el superior, en tratándose de la apelación de sentencias, únicamente se extiende al contenido de los reparos concretos señalados en la fase de

interposición de la alzada, oralmente en la respectiva audiencia o por escrito en la oportunidad fijada en el inciso 2° del numeral 3° del artículo 322 del Código General del Proceso, **siempre y cuando que, además, ello es toral, hubiesen sido sustentados en la audiencia que, con ese fin y el de practicar las pruebas decretadas de oficio, si fuere el caso, así como de proferir la sentencia de segunda instancia, practique el ad quem.**

De allí se extracta que está vedado al ad quem pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en los reparos concretos expresados por el censor contra la sentencia de primera instancia, como sobre aquellos reproches que, pese a haber sido indicados en esa primera etapa del recurso, no fueron sustentados posteriormente en la audiencia del artículo 327 del Código General de Proceso.

Precisamente la Corporación, en forma muy reciente, al desatar un cargo por incongruencia, expresó sobre cuáles son las posibilidades o facultades que asisten al superior en las apelaciones, concepto que pese a estar fincado en el Código de Procedimiento Civil, conserva plena validez:

(...) Como se infiere del detallado recuento de los argumentos expuestos por el Tribunal, que viene de consignarse, dicha autoridad se ocupó de todos y cada uno de los fundamentos en los que el demandado soportó la apelación que propuso contra la sentencia de primera instancia, independiente de que se comparta o no el análisis que sobre ellos realizó, cuestión que no es factible establecer en desarrollo del cargo auscultado, toda vez que mediante su formulación se denunció la comisión de un error in procedendo, mas no uno de juzgamiento.

Al respecto, debe precisarse, además, **que esos reproches delimitaron la órbita de acción del ad quem, en tanto que de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, ‘el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso’**

(...)

dado que el ad quem no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurrente, pues no está autorizado para modificar las decisiones tomadas en la sentencia que no han sido impugnadas por la alzada, puesto que se trata de puntos que escapan a lo que es materia del ataque, a no ser ‘que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente

relacionados con aquélla' (CSJ, SC del 12 de febrero de 2002, Rad. n.º 6762; se subraya) (CSJ, SC 294 del 15 de febrero de 2021, Rad. n.º 2007-00533-01; negrillas fuera del texto)» (negrillas propias).

2.2. El cargo se constriñe al último aspecto, pues se cuestiona la ausencia de pronunciamiento frente a las pretensiones subsidiarias. Sin embargo, se observa su improsperidad pues, tal como se desarrolló en precedencia, las facultades del superior únicamente se circunscriben al contenido de los reparos concretos señalados en la fase de interposición de la alzada. Extender o ampliar sus límites y actuar por fuera del marco elaborado por el apelante implicaría, precisamente, contradecir el principio de congruencia que impera respecto de todo fallo, conforme lo establecen los citados artículos 281 y 328 del Código General del Proceso.⁴⁷

En síntesis, se criticó la valoración probatoria efectuada por el juez de primera instancia sobre la ausencia de la celebración del contrato de obra que habían negociado las partes, lo que llevó a la desestimación de la responsabilidad

⁴⁷ Véase que, al interponerse la alzada, el actor orientó su queja en los siguientes términos: *«la parte demandante por supuesto no puede estar más en desacuerdo con la decisión adoptada por la cual interpongo en este momento el recurso de apelación, que, de acuerdo con el Código General del Proceso, hago un sucinto recuento de las consideraciones que nos asisten para poderlas complementar y sustentar en su oportunidad. Lo primero que tenemos que mencionar es que denotamos una falta, seguramente por la cantidad de folios y del material probatorio, de análisis de las pruebas que ratifican el hecho de que efectivamente existió el contrato y que fueron plenamente aducidas y tres o cuatro veces insistidas dentro de la audiencia de alegatos.*

» Tampoco se hizo una valoración, que se tenía que hacer, respecto de la vinculación que se tenían por parte de los testigos con la parte demandada. De forma tal que, en esa valoración, de acuerdo con testimonios de personas que ya no hacían parte de la negociación, versus personas que seguían con su vínculo con la parte demandada, se le dio (...) mayor crédito a los testimonios de la parte demandada.

» Adicionalmente no podemos estar de acuerdo con que precisamente se le dé validez al hecho de que la parte demandada considere que el perfeccionamiento del contrato se lograba con la suscripción de un documento único que se ha denominado proforma, porque la celebración, teniendo en cuenta todas las facultades legales que tenían cada una de las partes, fue perfeccionado el 16 de diciembre del 2010, de acuerdo como consta en las pruebas.

Por lo tanto, no es una valoración única a la que se debe adelantar, sino que debe ser una valoración integral de todas las pruebas por lo que esto lo extenderemos en los escritos que sustenten nuestro recurso de apelación su señoría».

civil contractual alegada. Ni un solo reparo se efectuó respecto a la presunta falta de pronunciamiento frente a la responsabilidad precontractual, por el rompimiento intempestivo de las tratativas.

Así las cosas, se evidencia que los argumentos expuestos refieren únicamente a las pretensiones principales y a las primeras subsidiarias. Soportadas en principio en el mismo supuesto, *-Que se declare que entre Puerto Brisa S.A. y PHB Waserhütte S.A., existió una relación contractual celebrada para el desarrollo del proyecto Puerto Brisa-*. De modo tal que la ausencia de responsabilidad precontractual -discusión planteada en las segundas pretensiones subsidiarias- no fue materia de la apelación enarbolada por la parte activa contra la sentencia de primera instancia.

Ciertamente, ningún comentario le merecieron los argumentos expuestos por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá sobre tal aspecto. En el punto, en el proveído de primera instancia, al hablar de las segundas pretensiones subsidiarias, se sostuvo que *«si bien es cierto quedó demostrada la existencia de unas negociaciones y tratativas contractuales, encaminadas a ejecutar el desarrollo del Proyecto Puerto Brisa, lo cierto es que tal como se indicara en párrafos anteriores, no fue más que un acto preliminar o introductorio, consistente en conversaciones, deliberaciones o discusiones referidas al negocio a definir, carente de eficacia jurídica pues nunca logró concretarse de modo firme, inequívoco, preciso y completo el trato que se pretendía cerrar»*. Fue por razón de dicho enfoque que el Tribunal, aseveró que *«lo cierto es que el recurrente en la apelación no elevó ningún reparo contra la sentencia, ningún reparo, contra la sentencia apelada en punto*

a la negativa del a quo a darle viabilidad a las pretensiones relativas a la ruptura injustificada de las tratativas, que es a lo que en últimas conduciría un cambio intempestivo del objeto del contrato, por lo que al Tribunal no le es dado abordar el análisis de esa materia de manera oficiosa».

Adicionalmente, de cara a lo planteado por el censor cuando asevera que «*la protesta fue genérica*», el artículo 320 del Código General del Proceso consagra que «*[e]l recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*» y el canon 322 prescribe que el apelante debe «*precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión*».⁴⁸

2.3. Así las cosas, la protesta bajo la causal tercera está llamada a su desestimación. Esto es, el silencio que guardó el sentenciador en segunda instancia en torno a la temática precontractual no constituyó un quebranto a las normas de consonancia. Por el contrario, la actuación cuestionada obedeció a las limitaciones que en la formulación de la alzada marcó la propia parte. En una palabra, le estaba vedado al Colegiado pronunciarse sobre cuestiones que no fueron objeto de reparo concreto ante el *a quo* en su recurso.⁴⁹

⁴⁸ Al respecto, en un caso con connotaciones simulares, se sostuvo que:

«*Lo primero que la Corte observa es que el sentenciador no pasó por alto el tema, sino que determinó que no le era dable referirse a tales súplicas eventuales en la medida que en primera instancia no fueron abordadas y que la recurrente no reparó pidiendo adición o modificación del fallo.*

» *Sin que le falte razón en este último aserto, pues en verdad que ninguna solicitud puntual hizo la parte actora al interponer la impugnación como tampoco al sustentarla ante el Tribunal, sin que el esquema del recurso permita la genérica inconformidad que indica la casacionista, pues el inciso segundo del numeral 3° del artículo 322 *ibidem* es claro en exigir, al proponerla, «precisar, de manera breve, los reparos concretos, que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior», mandato que no admite inteligencia distinta a que la censura se debe exponer de manera exacta, completa, rigurosa, detallada y bien delimitada» (Destacado de la Sala) (SC5252-2021 del 26 de noviembre).*

⁴⁹ En el punto, esta Corporación, al desatar un cargo por incongruencia, expuso cuáles son las facultades que le asisten al superior jerárquico en el recurso vertical:

3. Tampoco es posible predicar que el caso en concreto se configurara una de aquellas ocasiones en que el ordenamiento le impusiera pronunciarse motu proprio. La facultad oficiosa del juez de segundo grado atiende a los casos expresamente consagrados en la ley. Como ocurre, por ejemplo, con el artículo 282 del Código General del Proceso o el 1742 del Código Civil.⁵⁰

4. Bajo las anteriores consideraciones, el cargo no puede prosperar.

PRIMER CARGO

Denunció la violación directa de los artículos 16, 1494, 1495, 1496, 1501, 1602, 1603, 1604, 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código Civil, por falta de aplicación o aplicación errónea; así como de los artículos 822, 824, 845, 864 y 870 del Código de Comercio, también por falta de aplicación o aplicación errónea, y la Ley 527 de 1999 en sus artículos 5, 6, 10, 14, 15 y 22 por falta de aplicación o aplicación errónea.

«(...) Como se infiere del detallado recuento de los argumentos expuestos por el Tribunal, que viene de consignarse, dicha autoridad se ocupó de todos y cada uno de los fundamentos en los que el demandado soportó la apelación que propuso contra la sentencia de primera instancia, independiente de que se comparta o no el análisis que sobre ellos realizó, cuestión que no es factible establecer en desarrollo del cargo auscultado, toda vez que mediante su formulación se denunció la comisión de un error in procedendo, mas no uno de juzgamiento.

*” Al respecto, debe precisarse, además, **que esos reproches delimitaron la órbita de acción del ad quem, en tanto que de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, ‘el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso’***

(...)

” dado que el ad quem no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurrente, pues no está autorizado para modificar las decisiones tomadas en la sentencia que no han sido impugnadas por la alzada, puesto que se trata de puntos que escapan a lo que es materia del ataque, a no ser ‘que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla’ (CSJ, SC del 12 de febrero de 2002, Rad. n.º 6762; se subraya) (CSJ, SC 294 del 15 de febrero de 2021, Rad. n.º 2007-00533-01, citado en SC3148-2021 del 28 de julio; negrillas fuera del texto).

⁵⁰ O cuando verse sobre aspectos íntimamente «relacionadas con el asunto sometido a su conocimiento, verbi gratia, las restituciones mutuas derivadas de distintas modalidades de decaimiento de un acuerdo de voluntades (CSJ SC 020 de 2003, rad. 6610; SC10097 de 2015, rad. 2009-00241); el deber de reexaminar en juicios coactivos el título ejecutivo aportado a efectos de determinar la cabal concurrencia de sus requisitos (CSJ STC15169 de 2019, rad. 2019-01721; CSJ STC13428 de 2019, rad. 2019-01460); entre otros eventos» (SC3918-2021 del 08 de sept.).

Aseveró que existió un equivocado entendimiento del alcance de las normas que gobiernan la formación del contrato, la equivalencia de los medios electrónicos y el principio de consensualidad.⁵¹ Para sustentar su cargo, alegó que el artículo 864 del Código de Comercio es claro en indicar que el contrato se perfecciona con la aceptación de la propuesta y en el momento en que el oferente recibe la aceptación.⁵²

Por último, señaló que se violaron directamente los cánones 5, 6, 10, 14, 15 y 22 de la Ley 527 de 1999 «*al considerar que el correo electrónico no es el medio idóneo para el perfeccionamiento del contrato y exige el cruce de la oferta y la aceptación de acuerdo con unas formalidades que denomina máximas, dando a entender que estas han debido proporcionarse por escrito a través de un medio diferente al correo electrónico, desconociendo claramente el principio de equivalencia entre los mensajes de datos y lo escritos físicos*».⁵³

⁵¹ Consideró que las aseveraciones del Tribunal sobre la forma y el momento en que se entiende perfeccionado el contrato desnaturalizan «*la celebración del contrato por oferta y aceptación por el hecho de que después de aceptada la oferta se realizaron algunas modificaciones, lo cual consideramos que a lo sumo serán modificaciones al contrato o negociaciones para modificar el contrato, también porque desconoce la normatividad que permite la formación del contrato por medios electrónicos*».

En tal sentido, critica que el Tribunal haya agregado una solemnidad que la ley no prescribe para un contrato de naturaleza consensual. Aseveró que el acuerdo de obra «*independiente de su envergadura, importancia o cuantía, se perfecciona por el mero acuerdo de las partes en cuanto a sus elementos esenciales, esto es la obra a realizar, el precio y el plazo de ejecución*».

⁵² Increpó que no se hubiera cumplido con el principio de libertad de forma establecido en los artículos 16 del Código Civil y 824 del Código de Comercio. Aseguró que el proveído del *ad quem* «*va en contra de este principio, al desconocer abiertamente el poder vinculante de la informalidad en la declaración de voluntad y exigir una forma escrita que la ley no exige para un contrato de la naturaleza del que celebraron las partes en este caso, o unas formalidades que la misma sentencia cataloga como “máximas”, en clara contravención de los preceptos normativos antes citados*». Bajo ese entendido, destacó que la voluntad del artífice se dio en la presentación de su oferta y la del encargante con su aceptación, enviada con correo electrónico del 17 de diciembre de 2010 y suscrita por el representante legal de Puerto Brisa S.A. También aseveró que la alegada existencia de formalidades adicionales por el Colegiado es un entendimiento equivocado de la norma y «*no tiene en cuenta que una oferta en medio electrónico equivale a un documento escrito y la aceptación por el mismo medio perfecciona el contrato y por equivalencia normativa se entiende consignada por escrito*». De manera que se equivoca el Tribunal «*al no darle alcance a la oferta aceptada mediante comunicación del 17 de diciembre de 2010 del presidente de Puerto Brisa como momento de formación por escrito, y diferirlo a la firma de un escrito adicional, que solamente tendría una función probatoria*».

⁵³ En conclusión, «*[l]a concepción equivocada que el Tribunal le dio a las normas y principios que en Colombia gobiernan la formación de los actos y las declaraciones de voluntad, artículos 16 y 1494 del Código Civil y 824 y 864 del Código de Comercio, lo llevaron en la sentencia acusada a*

CONSIDERACIONES

1. Sea lo primero indicar que, pese a enumerarse varias normas que se dijeron fueron vulneradas por falta de aplicación o aplicación indebida, en la exposición del cargo, únicamente, se alude a los artículos 864 y 824 del Código de Comercio y 16 y 1602 del Código Civil. Sin embargo, ninguna de estas normas tiene el carácter de sustanciales.⁵⁴ En efecto, el canon 16 del Código Civil estatuye la prohibición de derogatoria de leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. A su turno, el 1602 *ejusdem* consagra la máxima de *pacta sunt servanda*. No obstante, ninguna de las dos contempla, declara, crea, modifica o extingue derechos subjetivos, o impone obligaciones a las personas.⁵⁵ A su turno, ni el 824 ni el 864 del Código de Comercio tienen la aludida naturaleza, comoquiera que el primero se limita a indicar la forma en que los comerciantes pueden expresar su voluntad y la segunda es definitiva del contrato en general.⁵⁶

una percepción equivocada sobre la formación del contrato, exigiendo cumplir solemnidades que la ley no exige, atendiendo a presupuestos como la “envergadura del negocio”, presupuestos totalmente ajenos a la formación contractual.

⁵⁴ Sobre dichas normas, esta Sala las ha definido como aquellas que, «frente a la situación fáctica que ella contempla, declara, crea, modifica o extingue derechos subjetivos, o impone obligaciones a las personas». S.C. de 30 oct. 1970, G.J. CXXXVI, pág. 68.

Así mismo, señaló que no tienen tal calidad aquellas que «sin embargo de encontrarse en los códigos sustantivos, se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a describir los elementos integrantes de estos, o a hacer enumeraciones o enunciaciones, como tampoco la tienen las disposiciones ordinativas o reguladoras de la actividad in procedendo». Sentencia del 24 de octubre de 1.975, G.J. Tomo CLI, página 254.

⁵⁵ Así se memoró en CSJ AC877-2019, donde se expresó que (...) no puede predicarse la condición de sustancial de las normas «que se limitan a definir conceptos, enumerar elementos, regular procedimientos, fijar pautas probatorias, **consagrar principios generales**, o relacionar las hipótesis que encajan dentro de una institución jurídica, con independencia del estatuto en que se encuentren consagradas» (negrilla fuera de texto, AC4529, 14 jul. 2017, rad. n.º 2015-00427-01), como precisamente acontece con los cánones 1602 y 1603 del estatuto civil, los cuales consagran las máximas del *pacta sunt servanda* y buena fe, en su orden.

⁵⁶ Así lo entendió esta Corporación en reciente auto inadmisorio, cuando sostuvo que: «El artículo 824 *id.*, se limita a indicar la forma en que los comerciantes pueden expresar su voluntad y, por ende, está referido al principio de consensualidad en materia mercantil, como se explicó en CSJ AC 18 nov. 2010, rad. 2002-00007-01.

1.1. Por su parte, en cuanto a los argumentos esgrimidos en torno a la falta de aplicación o aplicación indebida de los artículos 5, 6, 10, 14, 15 y 22 de la Ley 527 de 1999, se advierte su desenfoque. En el escrito se alega que el Tribunal incurrió en una violación directa de la normativa que regula la formación del contrato por medios electrónicos.⁵⁷ Sin embargo, el *ad quem* en ningún momento aseveró que el correo electrónico no fuera idóneo para entender perfeccionado o forma un contrato por su naturaleza de mensaje de datos.⁵⁸ Lo que aseveró fue que la comunicación del 16 de diciembre del 2010 no era idónea por no provenir del representante legal de la sociedad contratante.⁵⁹

Y, en lo que concierne a las «*formalidades máximas*», expresión que además fue dicha de paso, lo cierto es que con ello el Tribunal no pretendió preferir el escrito físico al mensaje de datos. Por el contrario, lo que aseveró fue que, de

⁵⁷ A su vez, el 864 es meramente definitorio del contrato en general; y el 871 desarrolla el postulado de la buena fe que debe estar presente en las relaciones mercantiles, lo que les resta la calidad que les atribuyó el casacionista. Sobre el particular, en CSJ AC8508-2017, se precisó que (...) el ataque casacional tuvo por norte la violación **directa** de los artículos 4, 835, **864 y 871** del Código de Comercio y 1620, 1621 y 1624 del Código Civil, por inaplicación; sin embargo, ninguna de tales disposiciones tienen el carácter de norma sustancial, toda vez que una se limita a la definición del contrato (864), otras dos desarrollan el postulado de la presunción de buena fe y la obligación de que los contratos se celebren y ejecuten conforme al mismo (835, 871), y los restantes hacen referencia a reglas de interpretación de los referidos negocios jurídicos, tanto en materia civil como mercantil (4, 1620, 1621 y 1624); es claro que no se indica en el libelo, en modo alguno, la norma sustancial trasgredida como consecuencia de la inaplicación de la normativa en cita (se resalta)» (AC2117-2020 del 07 de septiembre).

⁵⁷ Se aseveró que el Tribunal se permitió «considerar que el correo electrónico no es el medio idóneo para el perfeccionamiento del contrato y exige el cruce de la oferta y la aceptación de acuerdo con unas formalidades que denomina máximas, dando a entender que estas han debido proporcionarse por escrito a través de un medio diferente al correo electrónico, desconociendo claramente el principio de equivalencia entre los mensajes de datos y los escritos físicos».

⁵⁸ En una palabra, es incontrovertible que «la Ley 527 de 1999 permite expresamente que tanto la propuesta como su aceptación puedan manifestarse por medios electrónicos.» Mendoza, A. Temis, Bogotá, 2020, pág. 153

⁵⁹ En efecto, afirmó que «Se evidencia del expediente que el correo electrónico antes mencionado [el del 16 de diciembre del 2010] no es el medio idóneo para el perfeccionamiento del contrato de obra o del contrato que se había invitado a celebrar pues de los testimonios, así como de las pruebas documentales aportadas quien redacta tal correo no tiene la capacidad para obligar a Puerto Brisa y menos aun siendo que no era su representante legal. El único que tiene esa capacidad para el caso era Fernando Sanclemente circunstancia que era suficientemente conocida por las partes». Minuto 42:48 a 43:01

las comunicaciones entre las partes, se vislumbraba lo que viene. 1. Los correos electrónicos no evidenciaban una aceptación pura y simple del contratante, pues reiteradamente solicitaban el envío de una oferta definitiva. Y 2. De dichos documentos emanaba la voluntad de las partes de plasmar el futuro acuerdo de voluntades por escrito.⁶⁰

De manera que el reparo del Tribunal frente a dicho correo electrónico no se circunscribió al formato en que se hallaba la comunicación, sino a la falta de los requisitos para la configuración de la aceptación.⁶¹

1.2. Pese a haber sido planteado el cargo por la vía directa, lo cierto es que la queja trasiega en varias oportunidades frente a la valoración efectuada por el *ad quem* en torno a la comunicación del 17 de diciembre del

⁶⁰ En punto de lo expuesto, frente al correo electrónico del 16 de diciembre del 2017, el Colegiado sostuvo que: «(...) y en gracia de discusión fuera dado asumir un evento de un evento de representación aparente, lo cierto es que ese correo no podía implicar aceptación pues de su contenido, a lo sumo, se podría extraer la intención de contratar, que no la aceptación de una oferta, la cual tiene que venir expresada de manera pura y simple, cosa que acá no sucedía pues se anunciaba la necesidad de que se remitiera una “oferta comercial definitiva”, así entre comillas, con esa denominación, que se remitiera una “oferta comercial definitiva” que correspondiera a los acuerdos que allí llamaron modificaciones, todo lo cual denota que la intención de las partes era que el contrato se celebrara posteriormente y luego del cruce de la correspondiente oferta y su aceptación todo ello expresión de las máximas formalidades que se acompañan con la concreción de un contrato de semejante envergadura». Minuto 43:17 a 43:56

⁶¹ Sobre este yerro, dijo la Corporación:

«El fenómeno del desatino de la acusación ocurre “cuando la argumentación del recurrente se enfoca hacia aspectos que no fueron desarrollados por el fallador, es decir cuando van por caminos disímiles”, por lo que las razones del casacionista “carecen de la virtualidad necesaria para enervar el soporte de la sentencia impugnada, siendo inane la censura formulada. Precisamente a este defecto, que supone que el recurrente dirija su labor impugnatoria hacia fundamentos diferentes de los tenidos en cuenta por el fallador y no frente al soporte real de la decisión, de antiguo, en la esfera casacional se le conoce como desenfoque o desatino del cargo, que, por la misma razón anotada, le resta todo mérito de prosperidad a la censura.” (Sentencia del 18 de octubre de 2000, exp. 5638)

” En el común de las veces, el desenfoque de la impugnación se establece al momento del estudio de fondo de la cuestión litigiosa, esto es, en el fallo propiamente dicho, siempre y cuando el sentenciador de casación haya verificado que la acusación se orientó en sentido muy diverso de los fundamentos tenidos en cuenta por el Tribunal». (CSJ AC 323-2000, del 15 de diciembre de 2000, rad. 760013110008-1996-8690-02.)

2010.⁶²Ello significa que el censor estará llamado a ajustar sus reparos exclusivamente a los textos legales que, a su juicio, resultaron quebrantados en las modalidades anotadas, sin que le sea dado adentrarse en consideraciones que impliquen disenso con las apreciaciones fácticas del juzgador, pues estas se deberán realizar con la acusación por la vía indirecta.⁶³

Así y todo, si se omiten las referidas consideraciones respecto del cargo, este tampoco tendría vocación de prosperidad, tal como se observa a continuación.

2. Según lo ha expresado esta Sala, *<<El postulado de la normatividad de los actos jurídicos (art 1602, C.C) se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por*

⁶² Ciertamente, obsérvese que en la página 20 de la demanda de casación, se plantea que *«[e]l momento de la formación es cuando se acepta la oferta. Si las partes deciden además elevarlo a un escrito especial, será para fines probatorios, pero no para la formación del acto. El Tribunal se equivoca al no darle alcance a la oferta aceptada mediante comunicación del 17 de diciembre de 2010 del presidente de Puerto Brisa como momento de formación por escrito, y diferirlo a la firma de un escrito adicional, que solamente tendría una función probatoria»* (subrayado de la Sala).

Véase que cuando se esgrime la violación directa de la norma sustancial, contemplada como causal de casación en el numeral primero del artículo 336 del Código General del Proceso, la discusión se ceñirá a *«la cuestión jurídica sin comprender ni extenderse a la materia probatoria, por lo que debe estructurarse en forma adecuada cómo se produjo la vulneración ya por tomar en cuenta normas completamente ajenas al caso, pasar por alto las que lo regían o, a pesar de acertarse en la selección, terminar reconociéndoles implicaciones que no tienen»* (CSJ AC3599-2018 de 27 de agosto de 2018 rad. 2015-00704).

Así mismo, más adelante sostuvo que *«[l]a voluntad del artífice se dio en la presentación de su oferta y la del encargante con su aceptación, enviada mediante correo electrónico del 17 de diciembre de 2010 y suscrita por el presidente y representante legal de Puerto Brisa. Al tenor del artículo 864 del Código de Comercio quedó celebrado el contrato y por tanto es ley para los contratantes, según lo predica el artículo 1602 del Código Civil, aplicable a la materia mercantil por el artículo 822 del Código de Comercio. La sentencia del Tribunal, con el entendimiento que hace al establecer una solemnidad que las partes no acordaron debido a la envergadura del negocio, está flagrantemente en contradicción con las citadas normas del estatuto mercantil»*.

⁶³ En tal sentido, en reciente jurisprudencia, esta Sala argumentó lo siguiente:

«Si la violación de disposiciones sustanciales se encausa por la vía directa, los argumentos de la impugnación deben limitarse al campo jurídico sin referirse a la plataforma fáctica ni la valoración de los medios de convicción. Expresado de otra manera, será defectuoso el embiste que, pese a fincarse en la vulneración inmediata de la ley sustancial que gobernó el litigio, critica los asertos suasorios y fácticos elaborados en el fallo de última instancia, pues el mismo debe limitarse a demostrar que el Tribunal dejó de aplicar, hizo actuar indebidamente o interpretó de forma equivocada un precepto sustancial» (AC2708-2020).

*consiguiente quedan obligados a cumplir las prestaciones acordadas en él».*⁶⁴

3. En primer término, la *oferta* es una propuesta firme de celebrar un contrato, presentada en condiciones precisas⁶⁵, de suerte que la mera aceptación es suficiente para la formación del contrato⁶⁶. De manera puntual, en los términos del artículo 845 del Código de Comercio, la propuesta «*deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario*».⁶⁷

4. A su turno, la aceptación se recibe como el asentimiento inequívoco -expreso o tácito-, incondicional y

⁶⁴ CSJ Sala Civil, Tomo CLXXVI. 2415, pp. 249-a 257.

⁶⁵ Esto es, la oferta “*es una manifestación unilateral de la voluntad, precisa y sin reservas, que engloba los elementos esenciales de un convenio.*” Deshayes, Olivier; Genicon, Thomas y Laithier, Yves. *Reforme du droit de contrat*. LexisNexis, París, 2018, pág. 117. O, incluso, “*la decisión de someterse totalmente a los efectos legales de un acuerdo.*” Goode, Roy. *Commercial law*. Penguin, Nueva York, 2004, pág. 89. Se destaca, en cuanto a su fisonomía, la firmeza del compromiso -libre de reservas-. Y en cuanto a sus efectos, “*crea en el destinatario una situación de legítima confianza*” y, con respecto al oferente, el “*estado de sujeción que le impone la carga de revocar o retirar la oferta.*” Díez-Picasso, L. *Fundamentos del derecho patrimonial*. T. I, pág. 331.

⁶⁶ «(...) Sólo hay oferta cuando la declaración de voluntad contiene todos los elementos necesarios para que el contrato que se refiere pueda formarse por la mera aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva declaración de voluntad del proponente. en esto se diferencia de las proposiciones o *pourparlers*» Arturo Alessandri Rodríguez, de los contratos, editorial Temis P 88. Se podría aseverar que si hay “*reservas*”, no podría denominarse <<oferta>>, “*incluso si reúne los elementos esenciales del contrato*”. Terré, F., Simler, Ph. y Lequette, Y. *Les Obligations*. Dalloz. París, 2002, pág. 117.

⁶⁷ Al respecto, esta Sala sostuvo en SC11815-2016 lo siguiente:

«(...) aquel acto jurídico unilateral -la oferta- ostenta unas características que la distinguen de tratativas, acuerdos prenegociales, invitaciones a negociar, etc. que forman parte de la etapa precontractual; y aún de la propaganda, la publicidad, las promociones dirigidas a personas indeterminadas, etc. en las que, con todo, en protección del consumidor, la ley torna vinculantes (artículo 29 de la ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor). En términos de la Corte, la oferta “[p]ara su eficacia jurídica ha de **ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento** -se resalta-. Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, **en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente**; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, **de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento**” (CSJ SC 029-1995 del 8 de marzo de 1995, rad.4473)».

oportuno de la oferta. Sobre tal definición, es imperativo destacar dichas características pues «en caso de ser extemporánea o estar acompañada de reparos constituye un nuevo intento ajeno al anterior que debe ser considerado por los demás intervinientes, ya que como se dijo en CSJ SC 8 mar. 1995, rad. 4473, “la oferta inicial queda en el vacío y surge entonces una “nueva propuesta”, en la cual ahora el antiguo destinatario asume la calidad de oferente y el primer ofertante se convierte en destinatario»⁶⁸. Esto último, en consonancia con lo prescrito en el canon 855 del estatuto comercial.⁶⁹

5. Como se sabe, no toda confluencia simultánea de manifestaciones de las partes interesadas da origen al contrato, comoquiera que la práctica negocial ha evidenciado que al lado de estos dos insumos convencionales -oferta y aceptación-, las *tratativas*, *pourparlers* o *negociación* dan cuenta de declaraciones tales como las contraofertas, invitaciones a ofrecer, aclaraciones y complementaciones de primigenias ofertas, cartas de intención, auditorias e informes, convocatorias y reuniones, acuerdos parciales y -muy especialmente para el caso concreto- formalidades especiales de perfeccionamiento del convenio.⁷⁰

⁶⁸ SC2775-2018 del 16 de julio.

⁶⁹ << (...) Sólo en el evento de que la intención de los participantes sea positiva y coincidente respecto de las bases por ellos proyectadas, se estará en presencia de un acuerdo de voluntades que, en el caso de los contratos consensuales, determinará su celebración o, tratándose de los contratos solemnes, exigirá para su cabal perfeccionamiento, la satisfacción de las correspondientes formalidades legales. Si la voluntad de los interesados, o de alguno de ellos, es negativa, o disímil en algún punto -determinante- materia del negocio, no tendrá lugar el surgimiento o floración plena del contrato en el cosmos jurídico.>> (CSJ SC, 19 Dic. 2006, Rad. 1998-10363-01).

Esta Sala también ha sostenido lo siguiente:

«En virtud de la aceptación que se exprese sin condicionamientos, tanto el oferente como el aceptante quedan vinculados, y si el contrato no es de aquéllos que están sujetos al cumplimiento de alguna solemnidad para su perfeccionamiento pues es meramente consensual, surge de inmediato a la vida jurídica, por lo que está destinado a producir, a plenitud, los efectos que le son propios» (CSJ SC054-2015, 29 ene. 2015, 2010-0399-01).

⁷⁰ Este periodo de negociación podría ofrecer la “facultad de romperla de manera unilateral; sin embargo, esta ruptura podría conducir a ser fuente de responsabilidad.” Larroumet, Christina y Bros, Sarah. Les Obligations. Le contrat. Économica. Paris, 2016, pág. 206. En el caso

A guisa de ejemplo, generalmente, a la oferta

*«le preceden y aún queda sustituida por otras actitudes, comportamientos o comunicaciones, llámense cartas de intención, declaraciones previas, due diligence, etc., que la práctica comercial –en aplicación de estilos de contratación foráneos- ha ido aclimatando en este medio. En el mismo sentido, se constata que, sin que las partes hayan llegado aún al perfeccionamiento del convenio, van suscribiendo o dejando por escrito los avances o puntos en los que han llegado a acuerdos, en memorandos o documentos con similar propósito que, en ocasiones, tan solo los compromete a seguir en la discusión del trato o a respetar el estado de lo ya pactado, en caso de arribar a un arreglo pleno».*⁷¹

Así mismo, en el caso en que la convención sea de aquellas que requieren exigencias adicionales para su conformación, también tendrán que cumplirse aquellos requisitos esenciales de forma⁷² que reclame el caso

concreto, “la redacción del escrito ofrecería la facultad o reserva de desdecirse.” Bufnoir, C. Propriété et contrat. Rousseau, Paris, 1924, pág. 464. Igualmente, a: Barros, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007 págs. 1001-1041.

⁷¹ CSJ SC11815-2016 del 06 de septiembre.

En torno de dicha temática, la Sala tiene señalado que

«la formación del contrato implica, en no pocas ocasiones, una fase preparatoria, en desarrollo de la cual los interesados progresivamente definen los términos -principales y accesorios- del contrato mismo que se pretende celebrar, en aras de explicitar su voluntad de cara al respectivo negocio. Sólo en el evento de que la intención de los participantes sea positiva y coincidente respecto de las bases por ellos proyectadas, se estará en presencia de un acuerdo de voluntades que, en el caso de los contratos consensuales, determinará su celebración o, tratándose de los contratos solemnes, exigirá para su cabal perfeccionamiento, la satisfacción de las correspondientes formalidades legales. Si la voluntad de los interesados, o de alguno de ellos, es negativa, o disímil en algún punto -determinante- materia del negocio, no tendrá lugar el surgimiento o floración plena del contrato en el cosmos jurídico» (se subraya).

En este mismo fallo, más adelante, precisó que *«[a]hora bien, ese camino -o iter- negocial puede estar circunscrito a simples tratos preliminares o ‘tratativas’, mediante los cuales los intervinientes, de ordinario, básicamente exploran recíprocamente sus posiciones e intereses en relación con el potencial contrato. Esos contactos o acercamientos, si bien -incluso- pueden conducir al logro de acuerdos respecto de ciertos y específicos puntos, no suponen, inexorablemente -o in toto-, la celebración del contrato propiamente dicho, el que es corolario de un acuerdo más definido alrededor de sus elementos esenciales y, por contera, vinculante, merced al establecimiento de aspectos neurálgicos en la respectiva esfera negocial»* (Cas. Civ., sentencia de 19 de diciembre de 2006, expediente No. 1998-10363-01).

⁷² La forma es un “*elemento vital*” de todo convenio. Anzola, N. Lecciones de derecho civil. Curso Tercero. Bogotá, pág. 5. Como se sabe, en principio la forma es “consensual”. En el caso concreto, identificamos una formalidad – estatuida en los siguientes términos (Fls 76 cno.1): “la suscripción del contrato correspondiente.” En esta comunicación también se aclaró que tal suscripción del contrato estaba precedida del envío de PHB WESERHUTTE de “la Oferta Comercial corregida, ajustada y definitiva según los términos de lo acordado junto con la correspondiente memoria técnica”, por un lado, y la presentación por la demandada de una “proforma” de la minuta contractual, por otro. En una palabra, de manera voluntaria, se estatuyó una formalidad *actus, ad solemnitatem*, “o quizá más gráficamente <<constitutiva>>”. Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones. Externado, Bogotá, 2015, pág. 411. Convenio, pues, que para su “perfección requiere alguna solemnidad.” Vélez, F. Estudio sobre el derecho colombiano. T.VII. París-América, pág. 167. Se trataría de “una restricción aportada

concreto.⁷³ Piénsese, por ejemplo, en las solemnidades impuestas por el legislador.⁷⁴ Y, claro está, como en el caso concreto, aquellas pactadas por las partes - eficaces a la luz del ordenamiento⁷⁵⁻, para el perfeccionamiento del contrato. En el caso concreto, las formalidades establecidas por el proponente -especialmente, la aprobación de una proforma y la suscripción de un contrato- se pueden recibir como verdaderas *reservas formales*. Esto es, en la *negociación* se afincó una verdadera formalidad *ad solemnitatem*, <<que es precisamente lo mismo que ocurre cuando el contrato es solemne por disposición directa de la ley; sólo que en la hipótesis lo que es por voluntad de las partes, quienes han querido que el contrato “no produzca ningún efecto civil” sin la observancia de la formalidad especial de otorgarse el instrumento>> (GJ CLXVI p. 183).⁷⁶ Recuérdese que “[e]s

por el proponente a su voluntad de contratar.” Flour, J., Aubert, J. y Savaux, É. Droit civil. Les Obligations. T.1. Sirey. Paris, 2012, pág. 113. Por lo demás, la forma, incluida esta voluntaria, permitiría que se “diferencien los distintos actos”. Ihering, Rudolf. El espíritu del derecho romano. T. III, Oxford University Press, México, pág. 599. Otro posible propósito de la forma: “provoca una reflexión cuidadosa y garantiza la seriedad de la decisión que se ha tomado.” Flume, Werner. El negocio jurídico. Fundación Cultural del Notario. Madrid, 1998, pág. 298

⁷³ Sobre el particular, la jurisprudencia ha estimado que «a la aceptación habrá de seguir la promesa de contrato con el lleno de los requisitos legales, si así lo quieren las partes, o, si lo prefieren, la celebración directa del contrato a que se refiere la oferta». CSJ SC 8 mar. 1995, rad. 4473, citado en SC2775-2018.

⁷⁴ “Cuando un contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, es solemne, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil.” CSJ. G.J. 1920, pág. 756, sentencia del 11 de dic. de 1936. En efecto, la existencia o no de solemnidades para la estructuración de un acto jurídico define los efectos jurídicos de la aceptación de la oferta y, aún más importante, la celebración del contrato. Es principio de la legislación comercial, la consensualidad de los pactos jurídicos que celebren los comerciantes. Ciertamente, el canon 824 del Código de Comercio consagra que «los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco». De forma tal que basta la expresión de la voluntad de los contratantes, ya sea verbal o escrita, para entender que el acto jurídico se ha perfeccionado. Sin embargo, continúa la norma, «cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad».

⁷⁵ Recuérdese que «la validez de la estipulación resulta incontrovertible porque es del resorte los contratantes y revestir de formalidad los negocios jurídicos que por ley carecen de ellas, puesto que atendiendo motivaciones de seguridad o certeza pueden condicionar la existencia de tales actos a la presencia de solemnidades que acuerden. Y en este orden de ideas, mientras no se cumpla con la formalidad acordada no se puede decir que el contrato exista» CSJ. Sentencia de 17 de noviembre de 1993, S-173, exp. 3885.

⁷⁶ «Ciertamente, como lo admite el impugnante, un contrato consensual puede transformarse en solemne por manifestación inequívoca de las partes, siempre y cuando se dejen a salvo el orden público y las buenas costumbres, como con mayor razón ocurre en el presente caso, si se tiene en cuenta lo previsto por el artículo 1858 del Código Civil, porque la ejecución de la obra a él aplicable, debidamente especificada, corría por cuenta del contratista, quien entre

principio de derecho que en las obligaciones contractuales rige, casi soberanamente, el querer libre de las partes, o sea el principio de la libertad jurídica” (sentencia del 20 de noviembre de 1906, G.J. XVIII, p. 70).⁷⁷

6. De allí que los criterios de interpretación del contrato tengan que ser extendidos, con las diferencias del caso, a las plurales declaraciones de voluntad de toda la *negociación*. En relación con la *regla principal e imperativa de interpretación*: ha de retenerse la intención de los declarantes.⁷⁸ Al lado de esta *regla principal e imperativa*, se abre paso la siguiente *subregla de interpretación* -en realidad una *presunción*⁷⁹ de la

otras cosas debía suministrar los materiales y demás, por el sistema de precios fijos, recibiendo en dinero la debida contraprestación, evento en el cual, según voces del artículo 2053, *ibidem*, el contrato ofrecido se entendía como de compraventa». CSJ 12 de agosto de 2002. Exp 6151.

⁷⁷ La *autonomía de la voluntad* también se proyectaría, en principio, con respecto a la formación del contrato, a propósito del principio de libertad contractual. Véase a López, Jorge. Contratos. Parte general, Santiago, págs. 233-410. Se incluye también el “*principio de libertad de conclusión*.” Larenz, Karl. Derecho de obligaciones. Revista de Derecho, Madrid, 1958, pág. 66.

⁷⁸ Regla asentada en el artículo 1618 del Código Civil -siguiéndose las clásicas fórmulas de Domat y Pothier-. “*La intención debe preferirse a la expresión.*” O con la fórmula “*debe seguirse más esta intención que los términos.*” Domat, Jean. Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel. Cluzier. Paris, 1967, pp. 69 y 73. Consultado en: gallica.bnf.fr (se conserva la ortografía del título).

Débesse buscar en las convenciones cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, mejor que no el sentido gramatical de los términos.” Pothier, R.J. Tratado de las obligaciones. Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 60.

Fórmulas extraídas de esta: “[s]e ha admitido que en los convenios debe estarse más a la voluntad de los contratantes que a las palabras.” (El Digesto de Justiniano: 50, 16, 219. T.III. D’ors, Hernández, Fuenteseca, García y Burillo. Aranzadi, Pamplona, 1972, pág. 865.

Sobre esta regla, esta Corte ha aclarado:

«Ahora bien, el criterio basilar en esta materia -más no el único, útil es memorarlo- es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 *ib.*, a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán “por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”.

Esa búsqueda -o rastreo *ex post*- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, *prima facie*, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborio hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, “la letra mata, y el espíritu vivifica» (CSJ, Sala Civil, 28 de febrero de 2005, Exp 7504).

⁷⁹ Esta subregla -según la doctrina-, no fue ignorada por Andrés Bello. Se observa afincada en uno de sus números “proyectos inéditos del Código Civil.” La fórmula era la siguiente: “[e]n los contratos, es de regla atenderse a la letra en lo que no pugna manifiestamente con la conocida intención de las partes.” En Barrientos, Javier. El Código Civil. Su Jurisprudencia e Historia. Thomson Reuters-La Ley. Santiago, 2016, pág. 574.

Como se ha precisado desde la doctrina, no se trata de “llegar a los procesos psíquicos reales de la voluntad, sino solamente a la presunción jurídica de los mismos.” Kelsen, Hans. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado. Porrúa, México, 1987, pág. 134.

regla principal:- “Las reglas que da el Código Civil en materia de convenciones interpretan la presunta voluntad de las partes” (CSJ. G.J. XVIII, p. 70, sentencia del 20 de noviembre de 1906).⁸⁰

Así las cosas, bien podría concluirse lo siguiente. Primero, que las negociaciones descansaron en varias declaraciones de voluntad. Algunas de estas expresiones de la voluntad se citan a continuación: declaraciones unilaterales de 15 de junio del 2010⁸¹, 16 de diciembre de 2010⁸², 17 de diciembre de 2010⁸³, 20 de diciembre de 2010, el 28 de diciembre de 2010⁸⁴, 4 de enero de 2011⁸⁵, 5 de enero de 2011⁸⁶, 18 de enero de 2011⁸⁷, 25 de enero de 2011⁸⁸, 7 de febrero del 2011⁸⁹, 21 de febrero de 2011⁹⁰, 24 de febrero de 2011⁹¹ y 9 de marzo de 2011⁹², entre otras. Segundo, que

Incluso, en otras latitudes -con diferente intensidad-, también se ha hecho referencia a lo expresado de manera clara en el convenio -en sus “cuatro esquinas”-, como una “prueba de lo discutido” por los contratantes. Scott, Robert y Kraus, Jody. *Contract Law and Theory*. Carolina Academic Press. Durham, 2017, pp. 542 y ss.

⁸⁰ Es decir, “la intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo” CSJ. G.J. LX, p. 661, sentencia del 3 de junio de 1946). Es decir, “[n]o hay necesidad de rastrear por sus antecedentes la verdadera intención de los contratantes, cuando ella aparece declarada expresamente en las cláusulas del instrumento que otorgan” (CSJ. G.J. XXIV, p. 121, sentencia del 30 de mayo de 1914).

Esto es, según la regla *consensus ad idem*: conforme a las palabras queridas y comunicadas. Goode, Roy. *Commercial law*. Penguin, Nueva York, 2004, pág. 76. También en: Peel, E. Treitel. *The law of contract*. Sweet&Maxwell, Londres, 2015, 2-046.

Desde luego, “[s]olo cuando no es posible determinar con claridad la intención de los contratantes es cuando el fallador debe acudir, con vista de las circunstancias de cada caso, las normas que estime conducentes de entre las establecidas en los arts. 1619 a 1624 del C.C.” (CSJ, sentencia del 14 de marzo de 1946, G.J.LX, p. 112). Esto es, “los jueces tienen la facultad para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni a desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni mucho menos para quitarles o reducirles efectos legales” (CSJ, Sala Civil, 14 de agosto de 2000, Exp. 5577).

⁸¹ Fls 257. Hecho 3 de la demanda.

⁸² Fls 483 cno.2

⁸³ Fls 259 hecho 19 del escrito inicial.

⁸⁴ Fls 260. Hecho 32 de la demanda.

⁸⁵ Fls 510 cno 2.

⁸⁶ Fls 511 cno. 2.

⁸⁷ Fls 523 cno. 2.

⁸⁸ Fls 526 cno. 2.

⁸⁹ Fls 262. Hecho 36. del escrito inicial.

⁹⁰ Fls 263. Hecho 43 del libelo.

⁹¹ Fls 263. Hecho 44 de la demanda.

⁹² Fls 246 a 247. Cno 1.

a partir de la interpretación de estas declaraciones de voluntad no es un desafuero concluir que, desde el comienzo de la negociación, se establecieron reservas formales para la contratación. Tercero, que la omisión de estas formalidades *ad solemnitatem*, impuestas y asumidas por los declarantes, condujo a la inexistencia de la pretendida convención.

4. En una palabra, el cargo no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

1. Bajo la segunda causal de casación, aseveró que se violaron indirectamente los artículos 16, 1494, 1495, 1496, 1546, 1602, 1604, 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código Civil, por falta de aplicación o aplicación errónea; los artículos 822, 824, 845, 864 del Código de Comercio, también por falta de aplicación o aplicación errónea y la Ley 527 de 1999, en sus artículos 5, 6, 10, 14, 15 y 22, por falta de aplicación o aplicación errónea. Ello a consecuencia de errores de hecho en la valoración probatoria.

1.1. El primer yerro denunciado se relaciona con la determinación del momento de la formación del contrato y por considerar que la persona que actuaba por el destinatario no tenía la capacidad de celebrar contratos. En efecto, a su juicio, el *ad quem* no observó que «*la aceptación de la oferta efectivamente se dio mediante la comunicación del señor Fernando Sanclemente, la cual fue enviada a PHB por correo electrónico el 17 de diciembre de 2010 y no mediante la comunicación del día anterior*», enviada por Javier Méndez. A su turno, precisó que el hecho de que PHB hubiera señalado diferentes fechas como la de

celebración del contrato «no demuestra de ninguna manera que el contrato no se celebró, ni es una actitud que merezca un reproche jurídico». Así pues, califica de error grave el haber descalificado el mensaje electrónico del 17 de diciembre de 2010 como medio idóneo para el perfeccionamiento del contrato.

Del análisis de esta última prueba documental, según el casacionista, se puede advertir que «las partes lograron acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, la obra a realizar, el precio y el plazo de ejecución, así como de los demás elementos incluidos en la Oferta Comercial No. 2101013, según las modificaciones acordadas por las partes»; lo cual no puede significar otra cosa que el perfeccionamiento del acuerdo por la confluencia de la oferta y la aceptación sobre los elementos esenciales del negocio. Sin embargo, tal medio probatorio fue dejado de apreciar.

1.2. Como segundo yerro, denunció que se incurrió en error manifiesto en la apreciación de las pruebas al considerar que las negociaciones nunca concluyeron en un contrato. Ello como consecuencia de la indebida apreciación de las comunicaciones cruzadas entre las partes por medio de las cuales se aceptó la oferta y se perfeccionó el convenio, a saber, las del 16 y 17 de diciembre de 2010.

En punto de esta última, destacó que «en relación con el plazo de ejecución, Puerto Brisa señaló expresamente que el mismo iniciaba a partir de ese mismo día (17 de diciembre de 2010), por lo que no debe quedar duda alguna que se trató de una aceptación formal de la oferta presentada, según las modificaciones acordadas verbalmente, y que de esa manera se perfeccionó el contrato. No tendría sentido dicha

manifestación de inicio del plazo de ejecución del contrato, si no fuera la intención de Puerto Brisa celebrarlo. Por lo tanto, el Tribunal dejó de apreciar dicha manifestación de la Demandada según la cual ese mismo día iniciaba la ejecución contractual y, por ende, se celebraba el contrato».

Además de ello, cejó de expresar las implicaciones de los correos electrónicos del 23 de diciembre de 2010, en que funcionarios de PHB informaron sobre el nombramiento de los equipos de trabajo y solicitaron información para el inicio de la ingeniería básica del proyecto. Mensajes que fueron contestados por el ingeniero Espinosa de Puerto Brisa S.A., quien además convocó a una reunión *«que se llevaría a cabo con todos los contratistas de la obra (entre los que, por supuesto, ya se incluía a PHB) con fines de planeación y programación de la ejecución contractual (folio 279)»*. Comunicaciones que *«son una diáfana manifestación del inicio de la ejecución del contrato que se había celebrado entre las partes días antes y que el Tribunal dejó de apreciar o apreció indebidamente, por lo que no encontró en ellas la prueba de la celebración del contrato y la posterior ejecución del mismo»*.⁹³

1.3. Como tercer aspecto, aludió a que se erró al considerar que las negociaciones de modificación del contrato seguían siendo tratativas preliminares. Comenzó por señalar que la comunicación del 07 de febrero de 2011, independientemente de los términos utilizados por el

⁹³ Por otro lado, denunció que se apreció indebidamente el testimonio del señor Michael Fuentes y omitió valorar el de Alfonso Fidalgo Corredor Gómez. De la declaración del primero *«se desprende claramente que el contrato sí se celebró y ejecutó, por lo que incurrió en error fáctico el Tribunal al apreciar dicho testimonio y señalar que este coincide con el del señor Espinosa de Puerto Brisa sobre la ausencia de perfeccionamiento del contrato (aunque se reitera que nunca se aclara cuál es la supuesta coincidencia)»*. Y, del segundo, sostuvo que quedó probado el inicio de la ejecución de actividades contractuales a cargo de PHB y la terminación unilateral y sin justa causa del contrato a cargo de la demandada.

presidente de Puerto Brisa S.A., *«es claro que esta se trató de una solicitud de modificación del contrato celebrado»*.⁹⁴

1.4. Inculpó el error cometido al considerar que las partes acordaron que el contrato debía celebrarse por escrito.⁹⁵ Sostuvo que las solicitudes de envío de oferta comercial corregida y de suscripción del contrato por escrito no son más que meros formalismos, *«como lo reconoce la misma Puerto Brisa al señalar que enviaría una “pro forma” para su suscripción»*. Aunado a ello, señaló cómo ninguna de las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de que *«las partes hubieran acordado que el contrato sólo podría celebrarse por escrito, huyendo a la consensualidad propia de este tipo de contratos»*. Tal apreciación se ratifica con el correo electrónico enviado el 20 de diciembre de 2010 por el Director General de PHB.

TERCER CARGO

1. Con fundamento en la causal segunda de casación, censuró la sentencia de segunda instancia por ser violatoria indirectamente de los artículos 16, 1494, 1495, 1496, 1546, 1602, 1604, 1613, 1614, 1615, 1617 y 1618 del Código Civil,

⁹⁴ Además, criticó que, de la apreciación indebida de los correos electrónicos del 17, 19, 18, 21, 24 y 25 de febrero del 2011, *«se desprende el error manifiesto del Tribunal en relación con las negociaciones entre las partes posteriores al 17 de diciembre de 2010. En efecto, el Tribunal interpretó erróneamente todas las comunicaciones cruzadas entre las partes con posterioridad a dicha fecha al considerar que las mismas correspondían a la continuación de las tratativas preliminares, por el sólo hecho de que Puerto Brisa así intentara aparentarlo. De una correcta y adecuada interpretación de dichas pruebas el Tribunal ha debido identificar el malintencionado intento de la Demandada de desconocer el contrato celebrado, realizando una serie de exigencias desproporcionadas que debían a llevar a que PHB no las aceptara y, con base en lo anterior, proceder a dar por terminado el contrato bajo la apariencia de una terminación de la etapa precontractual por falta de acuerdo»*.

⁹⁵ Al respecto, dictaminó que la solicitud de envío de oferta comercial definitiva por parte de Puerto Brisa en correo del 16 de diciembre de 2010 *«no fue más que un mero formalismo para hacer constar por escrito los acuerdos logrados y que constituyen el acuerdo de voluntades de las partes, así como para lograr un medio probatorio más eficiente de los términos y condiciones acordados. No quiere decir esto, como equivocadamente lo entendió el Tribunal de la valoración probatoria, que las partes hubieran condicionado o supeditado la celebración o el perfeccionamiento del contrato a la suscripción del documento escrito»*.

por falta de aplicación; los cánones 822, 824, 845, 864, 870 del Código de Comercio y la Ley 527 de 1999, en sus artículos 5, 6, 10, 14, 15 y 22, también por falta de aplicación, como consecuencia **de errores de derecho** derivados del desconocimiento de normas probatorias, artículos 164 y 176 del Código General del Proceso y artículo 11 de la Ley 527 de 1999.

1.1. Reprochó la escasez del soporte probatorio de la providencia, en la que únicamente se hizo referencia a dos pruebas documentales y *«a unas pocas pruebas documentales para justificar y fundamentar su decisión»*. Además de no haber valorado la totalidad de las probanzas, alegó que tampoco fueron analizadas en su conjunto aplicando las reglas de la sana crítica, *«puesto que, en la sentencia acusada, se analizan tan sólo algunas pruebas y de manera parcial con el fin de lograr ratificar la decisión del a quo»*. Por último, tampoco se expuso razonadamente *«el valor que le asignó a cada prueba que obra en el expediente, ya que la gran mayoría de ellas ni siquiera fueron tenidas en cuenta en la decisión»*.

1.2. En lo concerniente con la apreciación de la comunicación del 16 de diciembre de 2017, aseveró que el Colegiado omitió *«reconocer que en dicho correo electrónico se manifestó que al día siguiente se enviaría la confirmación formal, como en efecto se hizo, la cual sí venía suscrita por el mencionado representante legal»*. Aunado a ello, de haber realizado un análisis sistemático de los medios de prueba, *«el Tribunal hubiera reconocido que la solicitud de envío de la oferta modificada no era un requisito para formalizar una nueva oferta, sino un mero*

mecanismo de instrumentalización de los acuerdos logrados por las partes».

1.3. Por otro lado, alegó que se interpretó indebidamente la comunicación del 17 de diciembre de 2017 en punto de la expresión “*primera opción*” y la ausencia de análisis sobre la fecha de inicio del plazo de ejecución del contrato. Indicó que una valoración en conjunto habría arrojado la conclusión de que la intención de Puerto Brisa S.A. era realmente celebrar el negocio a través de esta declaración.⁹⁶ Por último, aludió al intercambio de comunicaciones entre funcionarios de una y otra empresa, para evidenciar que se dio el inicio de la ejecución contractual, *«lo cual implica que el contrato debió haberse celebrado».*

1.4. En punto de las pruebas testimoniales, criticó que el *ad quem* se limitara a señalar que existían coincidencias en las declaraciones de dos testigos *«las cuales no explicó, sin establecer lo que encontró probado de cada uno de los testimonios que se ventilaron en el proceso, ni el mérito probatorio que les otorgó a estos, vulnerando las normas probatorias generales antes mencionados».* Finaliza esgrimiendo que el yerro más protuberante se evidencia en la omisión de los dictámenes periciales. Todo lo anterior para concluir que, si el Colegiado hubiera atendido a los preceptos de linaje probatorios consagrados en los artículos 164 y 176 del Código General del Proceso, *«no habría llegado a la equivocada conclusión de que no se encontraba probado el*

⁹⁶ Tal discernimiento se desprende -se dijo- *«de las pruebas que demuestran el inicio de la ejecución contractual. Sin embargo, el Tribunal otorgó un mayor valor a la literalidad de los términos expresados por Puerto Brisa en esta comunicación, que, a la clara intención de las partes de celebrar el contrato a través de la comunicación del 17 de diciembre, lo cual se prueba a través de lo señalado en esa misma carta y en las demás pruebas del expediente».*

contrato y que la relación entre las partes no pasó de las tratativas preliminares».

CONSIDERACIONES

1. En los cargos vistos en precedencia, se censuró que el Tribunal hubiese colegido que: i) no se concretó el perfeccionamiento del contrato. ii) todo se quedó en tratativas. Y, iii) no hubo, consecuentemente, inejecución obligacional. Con ese propósito, el impugnante atribuyó, de un lado, errores de hecho por indebida apreciación y, de otro parte, errores de derecho por falta de valoración conjunta de los medios de prueba. Tales dislates, aseveró, llevaron a la Corporación a desconocer la existencia del contrato y su ulterior incumplimiento. De tal suerte que esta unidad temática explica la conjunción de los cargos.

2. Como se señaló al resolverse el cargo cuarto, el espectro de análisis del Tribunal gravitó en determinar «*si existió o no contrato*». Con ese propósito advirtió que el correo electrónico del 16 de diciembre de 2010 fue suscrito por quien carecía de capacidad para obligar a la sociedad Puerto Brisa. En el punto «*se evidencia en el expediente que el correo electrónico antes mencionado no es el medio idóneo para el perfeccionamiento del contrato de obra después del contrato que se había invitado a celebrar pues de los testimonios, así como de las pruebas documentales aportadas que en redacta tal correo no tiene la capacidad para obligar a puerto brisa y menos aun siendo que no era su representante legal el único que tiene esa capacidad para el caso era Fernando San Clemente*». En consecuencia, coligió, en principio, que la comunicación no tenía el vigor para obligar. No provenía de aquel con capacidad para ligar a la sociedad.

No obstante, anotó que, sí se admitiera la representación aparente, el contenido del documento refleja el condicionamiento frente a una eventual aceptación de una oferta. Sostuvo que: *«en gracia de discusión [si] fuera dado a asumir un evento de representación aparente lo cierto es que ese correo no podía implicar aceptación pues de su contenido, a lo sumo se podría extraer la intención de contratar, que no la aceptación de una oferta, la cual tiene que venir expresada de manera pura y simple cosa que acá no sucedía pues se anunciaba la necesidad de que se remitiera una oferta comercial definitiva así con esa denominación que se remitiera una oferta comercial definitiva que correspondiera a los acuerdos que allí llamaron modificaciones»*. De tal forma que, al ocuparse de la materialidad del documento, evidenció su falta de fuerza vinculante. La exigencia de remitir el instrumento concluyente denota la falta de concordancia entre oferta y aceptación.⁹⁷

Establecido lo precedente, se ocupó de estudiar la demanda. Destacó que los hechos presentados en el escrito apoyaban el razonamiento según el cual el contrato no alcanzó su perfeccionamiento y se quedó en umbral de la negociación.⁹⁸A su turno, subrayó el contenido del

⁹⁷ Evidenciado lo anterior, *el ad quem* dedujo que la intención de las partes era la celebración ulterior del acto jurídico. Consignó que *«todo lo cual denota que la intención de las partes era que el contrato se celebrara posteriormente y luego del cruce de la correspondiente oferta y su aceptación todo ello expresión de las máximas formalidades que se acompañan con la concreción de un contrato de semejante envergadura.»* Desde luego, el uso de la expresión *“máximas formalidades”* en el razonamiento del Tribunal se empleó para significar la necesidad de la presentación completa de la oferta, dada la complejidad de la obra civil en ciernes.

⁹⁸ Para ello, el fallador razonó:

“(…) «el demandante no tiene muy claro cuál es el momento del perfeccionamiento del contrato y es que en la demanda en el hecho 17 afirmó que a partir del contenido del correo el contenido del correo 16/12/2010 era dable entender que el negocio ya había sido concretado. Pero en la misma demanda se relacionan hechos a partir de los cuales phb terminó por darle alcance al contenido de una carta suscrita por el presidente de la empresa convocada de 17/12/2010 en la cual apenas consta que se formalizaba que puerto brisa había decidido elegir a phb como primera opción para contratar se enfatiza y se pone entre comillas “primera opción para contratar” (...) remitiendo el 20 de diciembre vía correo electrónico, según lo dijo en su hecho 21 de la demanda “remitiendo por correo vía electrónica las ofertas técnicas y comerciales contractuales actualizadas de conformidad con las reuniones realizadas en los días anteriores y además quedando a la espera de la minuta del contrato que formalizaría la relación contractual” así lo

documento del 17 de diciembre de 2012, que a la sazón señala: *«para efectos de articular esta selección y si fuese de su interés solicitamos que se sirva enviarnos antes de cinco días calendario la oferta comercial corregida, ajustada y definitiva, según los términos de lo acordado junto con la correspondiente memoria técnica para proceder a la suscripción del contrato correspondiente cuya proforma le haremos llegar en posterior correo»*. Con la mirada puesta en el medio de prueba, estimó que los interesados seguían delineando los aspectos preliminares de la oferta.

Asimismo, estudió el correo electrónico de 20 de diciembre de 2010, evidenciando que, del comportamiento de PHB WESERHUTTE S.A, no podía deducirse su vínculo contractual con Puerto Brisa S.A., dado que *«no parece muy consistente que la parte contratante todavía se estuviera refiriendo a que era menester hacerle ajustes a la oferta mucho menos que el contratista dándole como se dijo alcances a la carta de 17 de diciembre del 2010 se hubiera dado a la tarea de cumplir con el plazo pactado de 5 días remitiendo el 20 de diciembre vía correo electrónico, según lo dijo en su hecho 21 de la demanda “remitiendo por correo vía electrónica las ofertas técnicas y comerciales contractuales actualizadas”»*.

narró en la demanda. (...) hecho 24 se le informaba phb que el contrato aún no había sido enviado por cuanto era necesario hacer unos ajustes a la oferta técnica frente a lo cual ese mismo día se le remitieron a phb las observaciones acerca de la última revisión de la oferta técnica que había sido enviada el 20 de diciembre.

” (...) «Ahora la solicitud por parte de puerto brisa de ajustar una nueva cotización con miras a un proyecto de mayor capacidad según se dijo en el hecho 36 y el hecho de que el 24 de febrero se haya remitido una minuta de contrato, que modificaba sustancialmente las condiciones contractuales pactadas anteriormente, y que no reflejaba los acuerdos a los que las partes habían llegado, conforme se dijo textualmente en el hecho 44 era la demanda son circunstancias que en modo alguno pueden reputarse como un incumplimiento o una modificación unilateral, a un contrato que en puridad todavía no existía».

Aunado a lo anterior, ahondó en el conocimiento que mostraba el libelo, para lo cual dijo que *«el candidato a contratista reconoció en la demanda que procedió a contestar una a una las antedichas observaciones, lo cual refuerza la idea de que para entonces las partes continúan afinando los términos de la futura convención»*. De tal manera que los actos propios de PHB revelaban que la formación de la oferta se está gestando, *«en esas condiciones no es de recibo que el recurrente desconociendo que a partir de su propia conducta le había dado alcances al contenido de la carta del 17 de diciembre de 2010 en donde es inequívoco que para entonces no existía contrato, y que de celebrarse lo sería ulteriormente y por escrito, reivindique que el acuerdo de voluntades quedo perfeccionado a partir del contenido del correo electrónico que recibió el 16 de diciembre de 2010»*.

Dicho razonamiento no luce desatinado. Las voluntades de los interesados no se habían definido de manera conclusiva en los términos expuestos en el desarrollo del cargo primero. Al respecto, se advierte lo siguiente:

3. Armonizado con lo precedido, en misiva del 03 de marzo de 2010⁹⁹ se refleja la *«invitación»* elevada por la demandada a PHB WESERHUTTE S.A. *«sobre el sistema integrado de manejo de carga (carbón) para puerto brisa S.A»*. A reglón seguido, se señala que: *«adjunto al presente documento los anexos técnicos para la propuesta sobre el sistema integrado de manejo de carga (carbón) para Puerto Brisa S.A»*. En efecto, en el acápite XI del anexo técnico se indicó lo siguiente: *«Puerto Brisa S.A reserva el derecho a declarar desierta la presente invitación sin expresión de causa ni requisito de ninguna especie, si libre,*

⁹⁹ Fls 2 con 2. AZ

autónoma y unilateralmente llegase a entender que las propuestas presentadas no cumplen sus expectativas». En otro aparte se resaltó que «la presente solicitud de propuesta es privada y no constituye propuesta oferta comercial». De ahí, que no resulta un desafuero sostener que la invitación se circunscribió a emprender negociaciones.

En el citado documento del 17 de diciembre de 2010, cuya apreciación se critica en casación, se consigna lo siguiente: *«con la presente queremos comunicar formalmente que Puerto Brisa se ha decidido elegirlos como primera opción para contratar con ustedes (...) para efectos de articular esta selección y si fuese de su interés solicitamos se sirvan enviarnos antes de (5) días calendario la oferta comercial corregida ajustada y definitiva según los términos de lo acordado»*.¹⁰⁰ Dicha misiva refleja precisamente el razonamiento del Tribunal, a saber, que los interesados no habían llegado a un acuerdo definitivo. La oferta a cargo de la demandante estaba siendo objeto de modificaciones. Lo que se muestra es un preeminente interés negocial por parte de Puerto Brisa S.A. en la sociedad PHB WESERHUTTE S.A. Por otra parte, la aceptación de la oferta debe mostrarse indubitable. Lo primordial es la conformidad del aceptante. Sin embargo, instar en modificar el acto revela es la discordancia del destinatario de cara al instrumento presentado.

Ello demuestra que la interpretación del *ad quem* aflora del mismo contenido de las probanzas obrantes en el plenario, lo que desvirtúa de plano que la única

¹⁰⁰ Fls 487 con 2.

interpretación plausible sea la que propone el impugnante. Memórese que, en el ámbito del recurso de casación, está averiguado que, si del texto se descubren varios sentidos razonables, la elección que de uno de ellos haga el Tribunal ha de ser respetada y mantenida por la Corte. Esto, a menos que otras pruebas desmientan ese sentido escogido, para lo cual ha de empeñarse el impugnante en hacerlo ver mediante la denuncia de yerros probatorios trascendentes, presentes en la sentencia que combate.

3.1. A su turno, de las pruebas testificales llama la atención la declaración de Luis Manuel Espinosa García, quien se desempeñó como ingeniero de Puerto Brisa. Se advierte que se le preguntó *«usted envió desde su correo electrónico el 17 de diciembre del 2010 una carta a PHB suscrita por Fernando San Clemente la cual se les informaba que era la primera opción y sólo quedaban trámites administrativos para continuar con el proceso de contratación. Contestó: efectivamente mandé a través de mi correo electrónico la carta donde se les informaba que era la primera opción y donde les pedíamos plasmarán en un documento en una oferta comercial y técnica todos los cambios y modificaciones que puerto brisa consideraba había que modificar en su propuesta para ser tomada en cuenta»*. La referida manifestación redundante en apoyo al juicio del Tribunal. De tal suerte que la referida declaración se articulaba con las probanzas documentales y con lo manifestado en el escrito introductor.

Ahora bien, el testimonio de Alfonso Fidalgo Trujillo¹⁰¹ quien se desempeñó como agente comercial de PHB, en el

¹⁰¹ Fls 833.

momento en que se le instó a que *«dijera si conoció o conoce a la fecha si Puerto Brisa dejó constancia, que, si no se cumplían las expectativas exigidas en el proyecto a realizarse, Puerto Brisa se reservó a declarar desierta la invitación por no cumplir expectativas. Contestó: como ya estaba aceptada la propuesta las expectativas que no se cumplieron se tenían que resolver de acuerdo al contrato que se estaba firmando»* (Subrayado de la Sala). Lo anterior revela que el Colegiado de segundo grado no cejó en su laborío de estimar la prueba, sino que simplemente desestimó dichas manifestaciones pues se alejan del contenido material de otros medios de prueba -correos electrónicos, testimonios, los hechos de la demanda- y de su examen en conjunto.

Lo que corresponde a la declaración de Miguel Ángel Fuentes Alfonso¹⁰², llama la atención que cuando se le pregunta que *«Sírvasse informar sí por parte de puerto brisa S.A finalmente se dio respuesta a la comunicación enviada por parte de PHB Waserhutte? en caso afirmativo a qué se refería la misma. Respuesta si tras algunas comunicaciones cruzadas entre las partes, Puerto Brisa le remitió un mensaje sobre dichas comunicaciones. Contestó: la respuesta por Puerto Brisa el 09 de marzo del 2011 planteaba por primera vez la argumentación de que no había entrado en vigor ningún contrato entre nosotros y que demuestra no aceptación de las condiciones contractuales le llevaba a ellos a decidirse por otra opción. Quiero hacer notar que las condiciones contractuales a las que se refiere nos fueron enviadas por Puerto Brisa el 24 de febrero del 2011 y alteraron sustancialmente las indicadas en el borrador del 28 de diciembre del 2010»* (destacado de la Sala). Lo cual corrobora la afirmación de Luis Manuel Espinosa García, referente a que para el 17 de diciembre de 2010 no hubo aceptación de oferta. Elocuente resulta la deposición en el punto *«les pedíamos plasmarán en un documento*

¹⁰² Fls 225 a 235 con 3.

*en una oferta comercial y técnica todos los cambios y modificaciones que puerto brisa consideraba había que modificar».*¹⁰³

3.2. Por el contrario, es patente la valoración conjunta de los medios probatorios que efectuó el *ad quem* en contraposición con la lectura aislada sobre algunos medios probatorios que acá plantea el censor. Aunado a ello, no se advierte que se hubiera cumplido con la exigencia de completitud a la que alude el artículo 344 del Código General del Proceso, pues nada se dijo sobre la apreciación que efectuó el juez de segunda instancia sobre las afirmaciones contenidas en la demanda. Discernimientos que son uno de los pilares probatorios del fallo mediante el cual se confirmó la denegatoria de las pretensiones.¹⁰⁴

3.3. Por último, el hecho de que el Tribunal hubiese optado por un grupo de pruebas -por sobre otros-, no obsta para inferir *per se* un yerro grave en la labor argumentativa y probatoria. Memórese que *«cuando se está frente a dos grupos de pruebas, el juzgador de instancia no incurre en error evidente de hecho al dar prevalencia y apoyar su decisión en uno de ellos con desestimación*

¹⁰³Véase que, la articulación de los hechos vertidos en la demanda, junto con los correos electrónicos, condujo al Tribunal a confirmar la determinación de primer grado que negó las pretensiones. Los medios de convicción no muestran -con la entidad requerida-, la inequívoca formación del acto, así como tampoco se observa la configuración de los aludidos errores de derecho.

¹⁰⁴ Conviene señalar que el censor debe atacar todas las pruebas determinantes que sirven de base al fallo, de tal manera que la impugnación se muestre completa, de cara a los argumentos basilares de la sentencia. Al respecto:

«El sentido legal del recurso está determinado inexorablemente por la sentencia misma lo que implica el deber del recurrente de echar a pique en su integridad los pilares en que se fundamenta para lo cual debe asumir la tarea de desvirtuar la totalidad de las pruebas con que el ad quem tuvo por acreditado los hechos relevantes del asunto litigioso resuelto pues alguna de ellas no es atacada y por sí mismo presta base sólida a dicha resolución esta quedará en pie y el fallo no puede quebrarse en sede de casación resultando en consecuencia completamente intrascendente si se logra o no demostrar los errores que el impugnante señala en la apreciación de otras pruebas» CSJ SC Sentencia de 5 de noviembre de 1973, G.J.t CXLVII.

del restante, pues en tal caso su decisión no estaría alejada de la realidad del proceso»¹⁰⁵.

3.4. En conclusión, los errores *in judicando*, no saltan a la vista. ¹⁰⁶

4. Por lo discurrido, los cargos no prosperan.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 16 de mayo de 2018. Tal proveído fue dictado dentro del proceso ordinario iniciado por el recurrente contra Puerto Brisa S.A.

Costas en casación a cargo del recurrente. Como quiera que la parte opositora replicó en tiempo la demanda, con la que se sustentó la impugnación extraordinaria, se fija como agencias en derecho la suma de seis (6) S.M.L.M.V.

¹⁰⁵ CSJ, SC del 18 septiembre de 1998, Rad. 5058.

Y en otro caso, de esta misma especie, en similar sentido indicó que «[l]a selección de un grupo de pruebas respecto de otro, tampoco constituye per se un error de derecho por ausencia de apreciación conjunta, en la medida que tal ‘escoencia es, en línea de principio, fruto de la apreciación, análisis y confrontación integral de los elementos probatorios, lo cual excluye la conculcación del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil’ (Cas. Civ., sentencia de 2 de diciembre de 2011, Rad. No. 25899-3103-001-2005-00050-01)». CSJ, SC del 19 de diciembre de 2012, Rad. n.º 2008-00444-01.

¹⁰⁶ Recuérdese que:

“Debe tenerse presente que en virtud de la autonomía de que goza el fallo de instancia para efectuar la actividad apreciativa del acervo probatorio el yerro fáctico para que tenga entidad en casación y pueda por ende producir el quiebre de un fallo tiene que ser manifiesto o como lo pregona la jurisprudencia de esta corporación ser tan grave y notorio que a simple vista se imponga la mente sin mayor esfuerzo ni raciocinio o en otros términos de tal magnitud que resulte contrario a la evidencia del proceso no es por tanto error de un fallo aquel a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento”. CSJ- Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de septiembre de 1998, expediente 5075.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

(Ausencia Justificada)

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

(Comisión de Servicios)

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Hilda Gonzalez Neira

Álvaro Fernando García Restrepo

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Francisco Ternera Barrios

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 899A783A450BDF5959BE880CB1B3CAC3A6B9CEEAFF0B116FA67F524FD5941A0

Documento generado en 2022-06-30