



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado Ponente

SC054-2015

Radicación No. 11001-31-03-044-2010-00399-01

(Aprobado en sesión de nueve de septiembre de dos mil catorce)

Bogotá D. C., veintiséis (26) de enero de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que interpuso la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

La sociedad Degris Ltda. acudió a la jurisdicción para que se declarara que Continental Automotora S.A. – Continautos S.A. incumplió el contrato de prestación de

servicios que tuvo origen en la aceptación tácita de la oferta que la actora le presentó.

En consecuencia, solicitó que se le condenara a pagar a título de indemnización de perjuicios, las sumas de \$92'900.532,00 por concepto de daño emergente y \$99'000.000,00 como lucro cesante, junto con los intereses de mora a la tasa máxima autorizada legalmente, liquidados desde la presentación de la demanda hasta su pago.

B. Los hechos

1. Continautos S.A. aceptó la oferta mercantil que Degris Ltda. le envió el 2 de abril de 2008, y con fundamento en esa aceptación se perfeccionó un contrato para la prestación de los servicios ofrecidos por la demandante.

2. La indicada propuesta contemplaba un cargo mensual mínimo de \$9'000.000,00 mensuales y la duración del convenio por el término de un año contado a partir de su aceptación.

3. De acuerdo con la condición décimo cuarta de ese documento, si ninguna de las partes manifestaba su intención de dar por terminado el vínculo contractual con una antelación de noventa días al vencimiento del lapso fijado, se entendería prorrogado por un tiempo igual al inicial.

4. Como los contratantes no expresaron su voluntad en ese sentido, la relación comercial debía estar vigente hasta el 30 de marzo de 2011.

5. El 11 de mayo de 2010, Continautos S.A. devolvió la factura que contenía el valor del cargo básico de ese mes, y comunicó su decisión de dar por terminada la prestación de servicios a partir del 30 de abril de ese año.

6. Con esa conducta, la demandada desconoció el contrato que, en virtud de su prórroga automática, se hallaba en vigor, no obstante que a ninguna de las partes le estaba permitido declarar la terminación unilateral.

7. Al momento en que se dio por concluido el negocio jurídico, faltaban once meses de ejecución, en los cuales se habrían generado \$99'000.000,00 por el rubro de «fee» o remuneración mensual a favor de la actora.

8. Desde la renovación del contrato hasta la fecha en que se anunció la determinación de no continuar con la agencia de publicidad, Continautos efectuó una inversión en medios de comunicación por \$1.858'010.642,00, sobre los cuales la primera tiene derecho a cobrar el 5% de honorarios, según lo estipulado en la oferta, lo que equivale a \$92'900.532,00.

9. Como consecuencia de la terminación unilateral del contrato, Continautos adeuda a Degris Ltda. la cantidad de \$191'900.532,00.

C. El trámite de la primera instancia

1. La demanda se admitió en providencia de 21 de septiembre de 2010, y de ella se dio traslado a la demandada. [Folio 233, c. 1]

2. Continental Automotora S.A. - Continautos S.A. se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito de *«falta de legitimación en la causa por activa»*, *«inexistencia del contrato demandado»*, *«inexistencia de la obligación demandada»*, *«inexigibilidad de la obligación demandada»* e *«inexistencia de incumplimiento contractual»*.

Como fundamento de esas defensas, indicó que no existió un contrato con Degris Ltda. en los términos de la oferta de 2 de abril de 2008, pues no hubo aceptación de las condiciones allí planteadas. Sin embargo, las partes estuvieron vinculadas por una relación comercial de similar carácter con vigencia entre los años 2005 y 2007, la cual se reanudó en la anualidad siguiente bajo el esquema de trabajo y términos del primer período con un *«fee»* o cargo mínimo mensual de \$9'000.000,00.

Por consiguiente, ninguna de las condiciones señaladas por la actora, tales como el reconocimiento de una comisión adicional por la pauta publicitaria en medios de comunicación ordenada por conducto de la agencia; el aviso con antelación de noventa días para terminar la relación mercantil y la prohibición de concluir la unilateralmente, fueron acordadas ni asentidas, de ahí que

dio por finalizada la prestación de servicios el 30 de abril de 2010, decisión de la cual tuvo previo conocimiento el representante legal de la demandante. [Folio 246, c. 1]

3. La sentencia proferida por el juez denegó las pretensiones de la demanda, con sustento en que la oferta comercial que la actora le presentó a la demandada no fue aceptada por ésta, pues únicamente se acordó lo relativo al pago de una remuneración mensual denominada «*fee*», en tanto la relación comercial se desarrolló en los mismos términos de otra que las partes tuvieron con anterioridad. [Folio 456, c. 1]

4. Contra la anterior decisión se interpuso el recurso de apelación. [Folio 458, c. 1]

5. Mediante fallo proferido el 27 de septiembre de 2012, el Tribunal confirmó lo resuelto por el *a quo*.

D. La providencia de segunda instancia

Como fundamento de su decisión, el *ad quem* sostuvo que la parte demandante no cumplió la carga impuesta por la ley de demostrar la existencia de la aceptación tácita del contrato propuesto, comprobación que no podía obtenerse únicamente a partir del silencio de la demandada ni del pago de un «*fee*» mensual, porque no existieron actos de dicha parte que en forma inequívoca dejaran ver su intención de obligarse bajo condiciones diferentes a las que

antes rigieron el vínculo contractual entre las partes, como las referentes a una comisión adicional del 5% a título de «*honorarios agencia sobre medios masivos y producción externa*»; la extensión del convenio por un año y la prohibición de terminarlo unilateralmente.

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La acusación se erigió sobre dos cargos, de los cuales se resolverá en primer lugar aquel que denunció la violación directa de la ley sustancial, dado que las deficiencias técnicas de su formulación impiden un análisis de fondo como el que sí procede realizar respecto del otro ataque.

SEGUNDO CARGO

Bajo el amparo de la causal primera, se alegó el quebranto por recta vía de los artículos 2535 y 2536 del Código Civil, preceptos a los que -según el censor- el Tribunal les dio un entendimiento errado, pues al reprochar a Degris Ltda. por no haberle cobrado a Continautos S.A. las comisiones equivalentes al 5% de la inversión que ésta realizó en diferentes medios de comunicación según lo estipulado en la oferta, desconoció la prerrogativa que la empresa tenía de «*cobrar en cualquier momento dicho rubro, antes de que transcurriera el tiempo legal para la ocurrencia de la prescripción*».¹

CONSIDERACIONES

1. La acusación por transgresión directa de los preceptos sustanciales supone una total conformidad del censor con la valoración que el juzgador acometió del material probatorio. Así lo ha aceptado la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que de manera constante e invariable, ha destacado que la técnica del recurso extraordinario exige plantear el desacuerdo en el plano netamente jurídico, sin referencia alguna a la ponderación de los medios demostrativos. (CSJ SC, 14 Ene 2005, Rad. 7550; CSJ AC, 26 May 2009, Rad. 2002-00002; 10 Feb 2011, Rad. 1999-00283; 9 May 2012, Rad. 2006-00223; 29 Oct 2013, Rad. 2008-01178, entre otros).

Con otras palabras, al recurrente no le está permitido plantear algún reparo en relación con los resultados que en el terreno de la cuestión fáctica hubiere encontrado el sentenciador, pues la inconformidad ha de circunscribirse a un discurso de estricta hermenéutica en relación con los textos legales aplicados, aquellos que se dejaron de lado, o a los que se les dio una interpretación distinta de la que rectamente les corresponde.

2. De otra parte, el numeral 3° del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil establece que la demanda que se presente para sustentar el recurso de casación - cuando contenga cargos formulados al amparo de la causal primera- deberá precisar las disposiciones de derecho sustancial que el recurrente estime trasgredidas, para lo

cual «será suficiente señalar cualquiera de las normas de esa naturaleza» que constituya base esencial del fallo o que haya debido serlo, según lo dispuesto por el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por la Ley 446 de 1998.

Sobre el particular ha precisado la Corte que «no se trata de exigirle al recurrente que integre una proposición jurídica completa -carga de la que la norma antes citada lo eximió, sino de señalar una de las normas sustanciales que rigen el caso y que, a juicio del censor, fueron infringidas por el sentenciador, ya porque dejó de aplicarlas, ora porque las aplicó incorrectamente, o, en fin, porque las interpretó de forma errónea» (CSJ SC, 30 Mar. 2006. Rad. 1994-23434-01).

Al exponer tal criterio, sostuvo que no es posible denunciar el «quebrantamiento de la regla de derecho sustancial que antojadizamente escoja el censor, pues esto sería tanto como admitir que es posible plantear debidamente una acusación perfilada al margen de los extremos del litigio, convirtiéndolo, subsecuentemente, en uno distinto, cuando, por el contrario, la función de la censura trazada con sustento en la causal primera, es la de establecer si la sentencia recurrida se ajustó al derecho objetivo que se aplicó o debió aplicarse en el caso debatido y no a otro» (CSJ SC, 16 Dic. 2005. Rad. 1999-04772-01).

Las normas de derecho sustancial son aquellas que «...en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación...», por lo que no ostentan esa naturaleza las que se «limitan a

definir fenómenos jurídicos o a descubrir los elementos de éstos o a hacer enumeraciones o enunciaciones, como tampoco las tienen las disposiciones ordenativas o reguladoras de la actividad in procedendo». (CSJ AC, 16 Dic. 2009, Rad. 2001-00008; 15 May. 2012, Rad. 2006-00005; 4 Jul. 2013, Rad. 2005-00243).

2.1. La acusación formulada por la recurrente no cumple la comentada exigencia legal, porque no citó o señaló por lo menos una de las normas sustanciales que resultaban pertinentes para el asunto analizado, que aquella considerara infringidas por el Tribunal, requerimiento que se considera absolutamente necesario porque la labor de la Corte se circunscribe a cotejar el precepto jurídico que se aduce con la sentencia cuestionada, a fin de determinar si aquella quebrantó la voluntad abstracta de la ley.

2.2. La impugnante invocó los artículos 2535 y 2536 del Código Civil relacionados con la prescripción extintiva y el término en que ésta se consuma respecto de las acciones judiciales ejecutiva y ordinaria; empero, tales normas no hicieron parte del análisis jurídico realizado en el asunto por el juzgador de la segunda instancia, de modo que ni constituyeron base esencial del fallo impugnado, ni debieron serlo.

El juzgador, en aparte alguno de la providencia censurada, emprendió el estudio de la prescripción como modo de extinción de las acciones jurisdiccionales, ni ese

fue un tema debatido en las instancias, de ahí que las normas citadas por la censura no integraron el conjunto de disposiciones legales que le sirvieron de soporte sustantivo a los argumentos con los cuales confirmó la sentencia proferida por el *a quo* que negó la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

2.3. Adicional a lo anterior y en contravía de las reglas técnicas que demarcan la violación directa, el ataque se fundó en apreciaciones subjetivas que dejan entrever una discrepancia con el estudio y ponderación que el fallador ejecutó en relación con las pruebas relativas a la falta de facturación y cobro de la comisión del 5% sobre la inversión que Continautos realizó en medios masivos de comunicación para la divulgación de las piezas publicitarias, pues el censor cuestionó que el Tribunal le hubiera reprochado a Degris Ltda. el hecho de «*no facturar uno de los cargos contenidos en la oferta*».²

El anterior argumento no se aprecia ceñido al campo de estricta hermenéutica jurídica, sino que se evidencia alusivo a la apreciación de los medios de prueba, lo que resulta extraño a la recta vía que se escogió para encauzar el cuestionamiento planteado, de ahí que la forma en que se estructuró la acusación se advierte equivocada, pues no procedía incluir en ella lo que debió ser objeto de reclamo por vulneración indirecta de la ley sustancial.

² Folio 22, c. 2.

2.4. En relación con lo que se analiza, esta Sala ha señalado que las vías directa e indirecta a las que puede acudir el censor para alegar la violación de las normas sustanciales son *«antagónicas e irreconciliables»*, razón por la que no es admisible que el impugnante recurra *«indistintamente a una o a la otra, es decir, que no queda librado a su arbitrio escoger alguna, sino que su elección la imponen las circunstancias precisas de cada caso»* (CSJ SC, 8 Feb. 2002, Rad. 6019).

Luego, el recurrente debe sustentar sus imputaciones a través de la vía directa cuando *«los errores atribuibles al juzgador hubiesen ocurrido en un plano de estricta juridicidad»*. En cambio, en el evento de que sus discrepancias estén relacionadas con los hechos debatidos en el proceso, el censor *«debe acudir a la vía indirecta»*³. La primera, en contraposición a la segunda, exige que el inconforme efectúe una acusación referente a los textos legales que estime soslayados, o aquellos aplicados de forma indebida, o a los que se proporcionó una errada interpretación, con total y absoluta prescindencia de cualquier juicio valorativo que suponga o entrañe desacuerdo con la ponderación que el sentenciador hubiera efectuado de las pruebas.

El reproche se apartó de la disciplina técnica que rige el recurso extraordinario, pues el objeto de la censura no fue -como debió serlo- el quebranto originado en yerros del juzgador acerca de la existencia, validez y alcance de los preceptos sustanciales que debieron servirle para dirimir

³ Ibidem.

las diferencias suscitadas entre las partes (*error iuris in iudicando*), por lo que el mismo se torna inane.

En mérito de lo discurrido, la prosperidad del cargo debe negarse.

PRIMER CARGO

Con fundamento en la causal primera, se denunció la violación indirecta de los artículos 1602 del Código Civil, 845 y 854 de la codificación de comercio y 187 del estatuto procesal, como consecuencia de los errores de hecho en que -según el censor- incurrió el Tribunal, los cuales lo llevaron, por una parte, a suponer la existencia de una sola relación comercial entre las partes; y por otra, a tener por no probada la aceptación tácita de la oferta y sus condiciones, inferencias que *«son contrarias a lo que demuestra la prueba recaudada dentro del proceso»*.⁴

El primero de esos yerros habría tenido lugar -sostuvo la recurrente- porque el sentenciador equivocadamente consideró que *«entre Degris y Continautos subsistían para el año 2008 los mismos términos bajo los cuales la primera le prestó sus servicios a la segunda entre el año 2005 y el 2007, bajo una misma relación comercial, con total abstracción de la oferta mercantil que el 31 de marzo de 2008»* ésta le presentó a aquella.⁵

⁴ Folio 11, c. Corte.

⁵ Folio 12

Tal desacierto obedeció a la indebida apreciación de las pruebas con las que se acreditó que *«la relación entre Degris y Continautos establecida en los años 2005-2006, **no es la misma relación** establecida a partir de abril de 2008»*, pues el juzgador no reparó en que al rendir interrogatorio dentro del proceso, el representante legal de la actora admitió la existencia de un negocio jurídico que vinculó a las partes en esa época, el cual, sin embargo, concluyó sin que en esa oportunidad *«se hubiera procedido jurídicamente contra Continautos pese a que se le imputó un incumplimiento»*, terminación que derivó de la *«voluntad unilateral de Continautos»*.⁶

La representante legal de la demandada reconoció, igualmente, la existencia de una nueva relación comercial a la cual la empresa vendedora de vehículos decidió ponerle fin y al responder una pregunta formulada por el juez, se refirió a la misma como *«un contrato»*, respuesta que tenía el carácter de confesión, medio de prueba que -alegó la impugnante- fue desconocido por el *ad quem*.

Aunque los testigos Gloria Helena Chain Álvarez y Camilo Andrés Arias Barreto, quienes se desempeñaban como gerente comercial y de mercadeo de Continautos respectivamente, aludieron a los vínculos negociales que existieron entre esta y la agencia de publicidad tanto en los años 2005 y 2006, como el que surgió desde 2008, pues antes de esa anualidad, la demandada había trabajado con

⁶ Folios 12 y 13.

otra compañía de publicidad, el fallador no apreció el contenido de sus declaraciones.

Se omitió, asimismo, la valoración de la comunicación de 12 de mayo de 2010, obrante al folio 284 del cuaderno principal, en la que el citado Arias Barreto, obrando en la condición anotada, certificó que Degris Ltda. había prestado el servicio de manejo de publicidad desde el 1° de abril de 2008.

De las anteriores probanzas indebidamente apreciadas por el Tribunal, se podía concluir que la relación comercial desarrollada entre las partes durante los años 2005 y 2007 finalizó; que con posterioridad, Continautos contrató otra agencia para la prestación de servicios publicitarios; y que después de que ese vínculo concluyera, la demandante presentó su oferta para proveer la asesoría en publicidad a partir de abril de 2008 en términos diferentes a los del anterior vínculo negocial.

El juzgador, entonces, desconoció *«la terminación de la relación contractual que se desarrolló entre el 2006 y el 2007, pese al hecho probado por la prueba testimonial de los declarantes de ambas partes que acreditaban su finalización, de manera que a partir de este yerro, construye o elucubra el Tribunal su tesis viciada, según la cual existió una relación contractual única entre demandante y demandad(a), la cual no requería de una oferta en medio de su ejecución por encontrarse sus términos perfectamente definidos entre las partes»*.⁷

⁷ Folio 15.

En lo concerniente a la aceptación tácita de la oferta comercial, el sentenciador -continuó la actora- se equivocó al *«buscar el hecho inequívoco de ejecución del contrato que echa de menos, en eventos diferentes de la conducta desplegada por el destinatario, proceder que, por la aceptación tácita que se alega, debía ser objeto de un estudio preciso y riguroso, para determinar si corresponde a un acto positivo de ejecución del contrato propuesto»*.⁸

En efecto, al tener por demostrada la existencia de una única relación comercial, el *ad quem* *«le restó importancia al análisis de la fuerza vinculante de la oferta y su aceptación»*⁹, por lo que no encaminó su análisis a estudiar la conducta que desplegaron la oferente y la destinataria *«tendiente a identificar un principio de ejecución del contrato, que es el único requisito que exige la ley para constatar la aceptación tácita conforme a lo previsto por el artículo 854 del Código de Comercio»*, por lo cual omitió analizar *«los efectos que en derecho producía para Continautos encargar los servicios ofertados»*, lo que se probó con los correos electrónicos cruzados entre las partes y las actividades realizadas por ellas en los 14 días siguientes a la recepción de la propuesta.

Si la aceptación tácita no tiene como presupuesto legal el cobro de los servicios ofrecidos, el juzgador -en criterio de la casacionista- no podía colegir que se hallaba ausente aquella porque uno de los servicios ofrecidos no fue objeto de facturación en el término de ejecución del contrato. En su lugar, la verificación debió centrarse en los actos

⁸ Folio 16.

⁹ Folio 16.

inequívocos de la demandada en relación con los servicios contemplados en la oferta, los cuales evidenciaban que aceptó el negocio jurídico propuesto por la actora.

Por lo expuesto en los ataques, la recurrente solicitó casar la providencia impugnada y proferir sentencia de remplazo en la que se acceda a las pretensiones formuladas en la demanda y se declaren no probadas las excepciones de mérito que esgrimió la convocada al litigio.

CONSIDERACIONES

1. El acuerdo de voluntades que da origen a una relación contractual -ha dicho la jurisprudencia- no suele concretarse de un momento a otro, sino que es la culminación de un itinerario que comienza cuando *«alguien sugiere o propone a otro la celebración del contrato, proposición a partir de la cual se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes, las obligaciones eventuales a que daría lugar el contrato a cargo de cada una de ellas y, en fin, los distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración»* (CSJ SC, 8 Mar. 1995, Rad. 4473; CSJ SC, 12 Ago. 2002, Rad. 6151).

Esos tratos preliminares *«colocan a las partes en lo que la doctrina ha denominado estado precontractual, y a cuya culminación puede suceder el advenimiento de la oferta, esto es, el **proyecto definitivo de acto jurídico** que por alguien se somete a otra persona, o a personas indeterminadas (policitación), para su aceptación o rechazo (artículo 845 del Código de Comercio)»*¹⁰ (se destaca).

¹⁰ Ibidem.

La oferta o propuesta es, entonces, una declaración de voluntad unilateral de carácter recepticio en cuanto está destinada a ser recibida por otra u otras personas, cuyo objetivo es la celebración de un determinado contrato respecto del cual el proponente tiene la indeclinable intención de realizar. Según explican Díez Picazo y Guillón, es necesario que aquella *«contenga todos los elementos necesarios para la existencia del contrato proyectado, y que esté destinada a integrarse en él de tal manera que, en caso de recaer aceptación, el oferente no lleve a cabo ninguna nueva manifestación»*.¹¹

La eficacia jurídica de la propuesta está supeditada -según lo tiene definido esta Sala- a que satisfaga los siguientes requisitos:

(...) ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento. 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

¹¹ Díez Picazo, Luis y Guillón, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 6ª Ed. Madrid: Tecnos, 1992. Vol. II, p. 69 y ss.

requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida... (CSJ SC, 8 Mar. 1995, Rad. 4473).

1.1. 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.

Mas la declaración del destinatario o destinatarios de la oferta debe ser de tal entidad que manifieste el asentimiento o conformidad con aquella, lo que puede realizarse de forma expresa o tácita.

Ocurre lo primero cuando quien aceptó la propuesta se lo hace saber al que la formuló, bien sea por escrito (art. 851 C. Co.) o verbalmente (art. 850 ibidem) dentro del término con el que cuenta para pronunciarse (arts. 850 a 853 C. Co.), en tanto la segunda, también conocida como «*indirecta*» se deduce de la conducta observada por el destinatario que deja entrever su voluntad de celebrar el contrato propuesto (*facta concludentia; facta ex quibus voluntas concludi potest*).

En la última se aprecia «*una conducta que no es por si misma significativa de una declaración de voluntad, a diferencia de lo que sucede con las conductas expresivas*», de modo que «*de la conducta observada por el destinatario de la oferta*

*contractual, se infiere que debe existir la voluntad de aceptarla (indicium voluntatis), por ser aquella incompatible con la voluntad contraria. Esta manifestación indirecta de la voluntad de aceptar se realiza a través de unos actos que, por sí mismos, no expresan dicha voluntad, y en ocasiones, son equívocos. Por ello, frecuentemente hay que recurrir a datos extratestuali para poder determinar si existe o no aceptación tácita».*¹²

Es la aceptación tácita la que más inconvenientes puede generar a la hora de establecer si ha tenido lugar la formación del consentimiento en relación con el contrato a que se refiere la oferta, pues precisamente no tiene origen en una expresión escrita o verbal proveniente del destinatario. El silencio -como al unísono lo han entendido la doctrina y la jurisprudencia- no siempre tiene los efectos de aquiescencia en una relación contractual.

Según Messineo, el mutismo como conducta de suyo equívoca y *«como comportamiento observado en una situación en que el sujeto no está obligado a contestar en cualquier sentido al proponente, no puede considerarse, en general, como aceptación»*.¹³

El silencio -sostuvo Coviello- no puede ser confundido con el asentimiento tácito, pues *«considerado en sí mismo, no es afirmación ni negación, y por eso no puede considerarse como manifestación de voluntad. La máxima qui tacet consentire*

¹² Cuadrado Pérez, Carlos. El silencio como manifestación de voluntad. En: Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. 1ª Edición. Madrid: Editorial Las Rozas. 2006, p. 361.

¹³ Messineo Francesco. Doctrina general del contrato. Traducido por R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América. Tomo I, 1986, p. 324.

videtur (el que calla parece consentir) *aparece falsa al confrontarla con la realidad, y contraria también a la experiencia de la vida a la cual responde esta otra qui tacet neque negat, neque utique fatetur* (quien calla, ni afirma, ni niega)*. Sin embargo, no faltan en la ley casos en que se considera el silencio como manifestación de voluntad...¹⁴

Concluyó el citado autor que «las circunstancias positivas» que acompañan a la actitud silente, «servirán para que se infiera la verdadera voluntad, no el silencio por sí solo», de ahí que salvo los casos expresamente admitidos por la ley¹⁵, «el silencio no equivale a manifestación tácita de la voluntad; y en esos mismos casos puede decirse con mayor exactitud, que hay una presunción de voluntad más que una voluntad efectiva».¹⁶

Es indudable que ninguna persona puede lograr que por su solo querer, la mudez de aquel a quien se dirigió a través de una propuesta, tenga la significación de haber consentido en la relación contractual, de ahí que la ley civil haya admitido que la aceptación tácita no adquiere configuración solo por el silencio, porque se materializa con «actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato» (art. 1506 C.C.).

Esos actos deben ser de tal entidad que manifiesten la voluntad o permitan suponerla de un modo inequívoco y

¹⁴ Coviello, Nicolas. Doctrina General del Derecho Civil. Traducido por Felipe de J. Tena de la 4ª Edición italiana. México D.F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1949, p. 397.

¹⁵ Los artículos 944 y 2151 del Código Civil colombiano otorgan al silencio el efecto de aceptación de la factura a la que no se formulan reparos en los 3 días siguientes a su entrega, y del encargo efectuado por persona ausente a quien, por su profesión u oficio, se encarga de negocios ajenos, si dentro de un término razonable no se opone.

¹⁶ Op. cit., p. 398.

que, por tanto, no admita interpretación distinta a la de tener el propósito de contratar, sin que quede un espacio para la duda en torno de la adhesión al contenido de la oferta, porque la aceptación constituye -en sentido propio- una declaración de voluntad negocial que resulta ser la etapa final en el proceso de formación del contrato, de allí que sin ésta, no existe aquél.

En este punto del análisis, es preciso recordar que el consentimiento es la *«piedra angular sobre la que descansa el contrato»*¹⁷, de modo que sea éste expreso o tácito, siempre debe ser cierto y no presunto. Por eso, únicamente puede tener fundamento en hechos reales y positivos que lo demuestren de forma indiscutible. Según la doctrina francesa, *«no podrá considerarse que se ha formado el contrato si no hay concordancia entre el objeto de la aceptación y el de la oferta, por la sencilla razón de que la falta de concordancia impide el acuerdo de voluntades»*.¹⁸

Esta Sala recordó que es muy frecuente que las partes *«efectúen sucesivos y recíprocos planteamientos negociales, los cuales, en la medida en que no traduzcan un consenso pleno o total de los intervinientes, no darán lugar al surgimiento del contrato, objetivo éste que sólo se obtendrá cuando, se reitera, frente a una oferta definitiva, la contraparte la acepte oportunamente y sin reparos»* (CSJ SC, 26 Feb. 2010, Rad. 2001-000418-01; se subraya).

¹⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo. De los Contratos. 2ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 6.

¹⁸ Larroumet, Christian. Teoría General del Contrato. Bogotá, Temis, 1999, p. 201.

Explicó Messineo que *«con el intercambio de las declaraciones de voluntad no ha surgido todavía el consentimiento (y, por lo tanto, tampoco el contrato). Es necesario, además, que las dos declaraciones (y las correspondientes voluntades) se combinen, en el sentido de integrarse recíprocamente»*¹⁹. Las declaraciones de voluntad en el contrato *«se implican mutuamente... en el sentido de que la una no tiene valor jurídico sin presuponer la otra»*. Así -continuó- *«la propuesta a la que no siga la aceptación, queda en mera tentativa de contrato; la aceptación a una propuesta simplemente imaginada cae en el vacío»*.²⁰

Luego, los actos de los cuales ha de colegirse la aceptación son aquellos a los que los contratantes, la costumbre o la ley le han atribuido esa significación, y a estos se adicionan los que, atendidas sus características particulares, denotan inconfundiblemente la voluntad del receptor de realizar el negocio. Deben producir -según lo puntualizó la Corte- una total *«certeza sobre la conformidad del destinatario respecto de la propuesta y la convicción de que existe en él una clara y precisa voluntad de celebrar el contrato proyectado, tal cual aparece en la oferta que le fue formulada»*. (CSJ SC, 8 Mar. 1995, Rad. 4473).

A lo anterior se añade que la propuesta no se debe aceptar de manera extemporánea ni con la formulación de condiciones o reservas, porque el legislador entendió que el acto unilateral que se revista de tales peculiaridades, es constitutivo de una nueva oferta, en la que el destinatario

¹⁹ Op. cit., p. 96.

²⁰ pág. 101.

asume la calidad de oferente y el que antes lo era, se convierte en receptor (art. 855 C. de Co.; CSJ SC, 28 Jul. 1998, Rad. 4810).

1.2. La regulación que de esa declaración unilateral se hizo en el Código de Comercio excluyó cualquier incertidumbre que pudiera generarse en torno de los efectos del silencio o la inacción de su destinatario, pues a la indicada abstención de pronunciamiento no le dio el alcance de configurar aceptación tácita, la que -requirió- debe manifestarse *«por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto»* (artículo 854), estableciéndose además que esa forma de expresión del consentimiento *«producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso»*.

Es claro, entonces, que si a la propuesta se le exige que contenga debidamente especificados todos los términos y condiciones de la futura contratación, aspecto que la doctrina clásica identificaba con que aquella fuera completa y en el derecho moderno se relaciona con que sea suficientemente precisa, la aceptación parcial de esas estipulaciones no da lugar a que se forme o nazca a la vida jurídica el contrato a que se refirió el ofrecimiento, lo que no obsta para que los interesados consientan en celebrar uno nuevo, fruto del mutuo acuerdo y de la libre negociación surgida entre ellos, convenio que puede diferir de la oferta presentada, en todo o en parte.

Lo anterior, por cuanto la adhesión que «no sea conforme a la propuesta» -expuso el citado autor Messineo- «no vale como aceptación». La conformidad entre esos dos elementos -sostuvo- «debe entenderse en el sentido de que la aceptación debe referirse al mismo contenido contractual, o sea, a las mismas cláusulas (en las cuales aquel es distribuido) enunciadas por el proponente. Si se modifica alguna de las cláusulas, falta la conformidad requerida por la ley».²¹

Sobre lo precedente esta Corporación expuso:

(...) Sólo en el evento de que la intentio 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) (el subrayado no es del texto).

El consentimiento implícito, entonces, se manifiesta por actos del destinatario de la propuesta que denoten total conformidad con la misma, por lo que deben ser de tal naturaleza o que «ofrezcan tales circunstancias» que de ellos «se deriven lógica y rigurosamente el consentimiento de la persona que los ha ejecutado... Deben ser actos de

²¹ Op. cit., p. 326.

*valor positivo, que demuestren inequívocamente una voluntad determinada de aceptar».*²²

Luego, si el destinatario de la oferta le introduce variaciones o reformas, el contrato que a través de ella se propuso, no podrá formalizarse en los términos y condiciones que el oferente estableció. En ese caso, puede ocurrir que se formule una contraoferta por quien debía ser el aceptante (art. 855 C. de Co.); que las partes decidan no contratar, o que celebren el convenio bajo estipulaciones diferentes.

Si la voluntad tácita se manifiesta en hechos que la suponen necesariamente, que no tienen explicación sin existir aquella, al juez le corresponde verificar que tales actos cumplan las exigencias legales para constituir aceptación, labor para la cual resultan trascendentales *«todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades»*, pues además de ser útiles para *«desentrañar la verdadera intención de las partes»*, permiten establecer *«cuales fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter (las partes)»* (CSJ SC, 12 Ago. 2002, Rad. 6151).

3. A partir de esas premisas, es necesario reparar en que el Tribunal, en el asunto que es materia del recurso extraordinario, estimó que la oferta presentada por Degris Ltda. el 2 de abril de 2008 no fue aceptada expresa ni

²² Cuadrado Pérez, Carlos. El silencio como manifestación de voluntad. En: Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Madrid: Editorial Las Rozas, 2006, p. 360.

tácitamente por Continautos S.A., pues aunque no está en discusión que la primera se desempeñó como agencia de publicidad de la segunda, no se demostró que la demandada hubiera otorgado su consentimiento para contratar con ella atendiendo los términos previstos en la señalada propuesta y no bajo las condiciones pactadas previamente que rigieron la prestación de ese mismo servicio en los años 2005 a 2007.

Tal conclusión la derivó el *ad quem* de la ponderación material del interrogatorio absuelto por el representante legal de la sociedad demandante; del documento que recogió la oferta mercantil presentada por esta y de las afirmaciones de las partes en torno a su vínculo negocial, medios de prueba que apreció junto con el incumplimiento de la actora de su carga de demostrar los supuestos de hecho en que fundó sus pretensiones.

Como resultado de ese ejercicio valorativo, el juzgador determinó que la *«labor persuasiva del demandante»* estuvo mal encaminada dado que no hizo ver que *«a partir del momento en que se recibió la oferta la voluntad negocial de la demandada cambió»*²³ y que *«el nuevo vínculo negocial que pretendíase “formalizar” con dicho proyecto de contrato (la oferta presentada por Degris) se estructuraba sobre obligaciones mutuas distintas a las ya adquiridas»*.²⁴

3.1. La impugnante censuró al sentenciador de segunda instancia por haber incurrido en yerros fácticos en

²³ Folio 25, c. 2.

²⁴ Folio 27, c. 2.

la valoración del interrogatorio mencionado y de la declaración rendida por la representante legal de Continautos; los testimonios de los gerentes comercial y de mercadeo de dicha empresa, además de la certificación expedida por ella el 12 de mayo de 2010, relativa a la prestación del servicio de publicidad por Degris Ltda. desde el 1° de abril de 2008.

A través de tales probanzas -según la recurrente- se demostraba *«la existencia de una relación comercial anterior entre Degris y Continautos»* y que *«la misma terminó, sin que en esa oportunidad se hubiera procedido jurídicamente contra Continautos pese a que se le imputó un incumplimiento (min. 55 y siguientes del CD audiencia del artículo 101 del C.P.C.)»*²⁵, a pesar de lo cual el juzgador consideró que existió una única relación mercantil entre las partes que siempre se desarrolló bajo las mismas condiciones y términos, los cuales no correspondían a los consignados en la oferta formulada por Degris Ltda.

3.2. El error de hecho como determinante de la violación indirecta de la ley sustancial, ha de ser *«ostensible y manifiesto, debe emerger con resplandor de su sola enunciación sin que para advertirlo se requieran esforzados razonamientos; lo cual implica que para la prosperidad del recurso de casación por tal concepto, es preciso, primeramente, que “la equivocación del sentenciador haya sido de tal magnitud, que sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas se vea que la apreciación probatoria pugna evidentemente y de manera manifiesta con la*

²⁵ Folio 12, c. Corte.

realidad del proceso”(G.J. t. LXVII, p. 380) (CSJ SC, 14 Mar. 2000, Rad. 5177).

El desacierto del juzgador en la apreciación de los medios de convicción ha de ser visiblemente grave y trascender en la equivocada resolución del litigio, pues la sola posibilidad de que *«una de las partes traiga del acervo probatorio conclusiones diversas a la del sentenciador»*, no determina que las expuestas en la sentencia impugnada puedan calificarse, sin más, de contraevidentes y arbitrarias (CSJ SC, 27 Feb. 2001, Rad. 6399).

La doctrina jurisprudencial de esta Corporación ha sido enfática en resaltar que los jueces de instancia gozan de una discreta autonomía en lo atinente a la ponderación de los diferentes elementos de persuasión incorporados al proceso, principio que consagra el artículo 230 de la Constitución Política, disposición que se erige en *«prenda de garantía de que los jueces en sus decisiones son independientes»*.

En virtud de lo anterior y bajo el entendido de que *«extractar el sentido que debe darse a las pruebas, representa un juicio de valor que, en principio, resulta intangible para la Corte»*, únicamente si el resultado de esa actividad resulta ser *«tan absurdo o descabellado, que en verdad implique una distorsión absoluta del contenido objetivo»* de los medios de convicción, puede abrirse paso un ataque en sede casacional fundado en la presencia de yerros de *facto* (CSJ SC, 9 Dic. 2011, Rad. 1992-05900).

El recurso extraordinario de casación -se ha dicho- no tiene como propósito *«habilitar un nuevo escenario para que las partes prolonguen la crítica sobre el alcance que debe darse a los elementos de juicio que obran en el proceso, esto es, que no es un grado más para controvertir la valoración de las pruebas que realizan los juzgadores de instancia, pues en esa labor ha de respetarse la discreta autonomía que a éstos asiste»*.²⁶

3.3. El sentenciador fundó parte de sus apreciaciones sobre la falta de aceptación de la propuesta recibida por Continautos el 2 de abril de 2008, en que el interrogatorio absuelto por el representante legal de la demandante no reveló que hubiere existido la voluntad de aquella de asumir un débito obligacional que nunca había adquirido en sus relaciones comerciales con la agencia de publicidad Degris.

De la indicada prueba, el Tribunal extractó las manifestaciones siguientes del señor Felipe Jaramillo:

[s]i anteriormente se había hecho una oferta mercantil comercial también, trabajamos por un espacio, no me acuerdo mucho de dos, tres años, en esa ocasión, igualmente, Continautos incumplió el contrato, Dado la cercanía que tenemos los socios de Degris con los dueños de Continautos, Ok?, la Agencia resolvió, por cuestiones netamente comerciales, no proceder contra Continautos jurídicamente o legalmente, como se diga, y simplemente dejamos que se terminara el contrato.

²⁶ Ibidem.

Que aunque el 5% que por concepto de “honorarios agencia sobre medios masivos y producción externa”, a cuyo pago, se dice, estaba obligada la demandada, se encontraba estipulado en la oferta mercantil, no obstante “en la factura no está reflejado, ni está cobrado el 5% [...], ese 5% estaba para cobrarse, y lo íbamos a cobrar, precisamente, en el 2010, pero el contrato definitivamente fue cortado o interrumpido abruptamente, entonces no hubo ocasión para poderlo facturar”, añadió “[q]ue este es un ahorro para usarlo cuando se necesite la plata”.

Que “[h]ubo un contrato anterior y si trabajamos con Continautos, por un período, no me acuerdo exactamente la fecha, pero anterior al contrato que estamos hablando del 2008”, que anteriormente “se hizo un contrato en el cual Continautos nos (pagó) mensualmente una tarifa mensual. Pero que “hasta donde recuerdo creo que no le cobramos a Continautos esa comisión que usted menciona, en ese caso (concreto)” (5% correspondiente a honorarios agencia sobre medios masivos y producción externa). [Registro magnetofónico de la audiencia 39 min 18 seg - 1 hr 43 min 37 seg].²⁷

El *ad quem* encontró que las manifestaciones transcritas acrecentaban su incertidumbre sobre que las cosas habían sucedido de la manera que se planteó en la demanda, en sustento de lo cual sostuvo que “si el incumplimiento (de la demandada) se hace consistir, por un lado, en que Continautos se guardó de efectuar el pago de las comisiones “equivalente al 5% de la inversión en medios”, no

²⁷ Folio 26, c. 2.

*resulta muy claro entonces, por qué se afirma que ese rubro nunca se facturó, naturalmente que si lo que desde un inicio discute, con vehemencia, la demandada es que, además del fee, no se extendió su obligación de pago a aspectos distintos, y si ello tampoco se le cobró durante la vigencia del acuerdo negocial entonces, ello de suyo pone en entredicho la existencia de actos incuestionables desplegados por la sociedad demandada, dicientes de su voluntad de aceptar el contrato ofertado en esos términos».*²⁸

3.4. Del cotejo del contenido de ese medio de prueba con lo que del mismo se aseveró en la providencia impugnada, no se advierte configurado el yerro fáctico atribuido al sentenciador de haber desconocido la terminación del vínculo negocial que se estableció entre las partes durante los años 2005 a 2007, porque en todo momento aquel tuvo claridad acerca de la preexistencia de esa relación mercantil cuyo objeto había sido la prestación de servicios publicitarios de la demandante a la demandada.

Las consideraciones que expuso para concluir que no existió la alegada aceptación tácita de la oferta que Degris le presentó a Continautos en escrito de 31 de marzo de 2008 (recibida en las dependencias de la destinataria el 2 de abril siguiente) evidencian lo anterior, pues el Tribunal sostuvo que *«en la búsqueda de esos actos inequívocos e incuestionables de la aceptación tácita de la oferta, mucho tiene que ver el negocio jurídico que anteriormente se celebró entre las partes»* y luego

²⁸ Folio 28, c. 2.

expresó que *«tuvo que demostrarse que en el proceder contractual de Continautos estaba manifiesto el convencimiento de asumir obligaciones por entero distintas a las que otrora decidió libre y expresamente arroqarse»*, añadiéndose que *«no resulta muy puesto a la razón pensar que quien había ya contratado sobre la base de un pago mensual, fee, decida ahora obligarse pactando a su cargo una comisión adicional...»*.²⁹

Posteriormente, se refirió al *«nuevo vínculo negocial»* que se pretendía formalizar con la oferta presentada por escrito y concluyó que *«no está demostrado que lo querido por la sociedad demandada fuese celebrar un contrato por entero distinto al que otrora se ejecutó»*³⁰ (subrayado no es del texto).

Las referencias destacadas -sin ningún género de duda- dejan entrever que la corporación judicial aceptó la existencia de dos relaciones comerciales entre las partes, referidas a la prestación de servicios de publicidad (creación, asesoría y desarrollo de elementos, estrategias y campañas promocionales de los vehículos dispuestos para la venta por Continautos), de lo que se desprende que no cometió el desacierto que le atribuyó la impugnante, pues ciertamente entendió que se trataba de negocios jurídicos diferentes; empero, encontró una necesaria incidencia del primero sobre el *«nuevo vínculo negocial que pretendíase “formalizar” con dicho proyecto de contrato»*.³¹

²⁹ Folio 27, c. 2.

³⁰ Folio 29 c. 2.

³¹ Folio 27, c. 2.

El sentenciador concluyó que la segunda relación comercial, ejecutada durante los años 2008 a 2010, no se desarrolló con fundamento en la oferta mercantil recibida por la demandada el 2 de abril de 2008 con la cual nada tuvo que ver, sino que se trató de una negociación que las partes libre y autónomamente desarrollaron, siendo su único referente en cuanto a las condiciones y términos del contrato, el que celebraron de forma precedente y rigió el vínculo negocial entre ellas desde 2005 hasta 2007.

3.5. En relación con los otros medios demostrativos de los que se denunció su indebida valoración porque el *ad quem* llegó a la conclusión de que *«existió una relación contractual única entre demandante y demandado, la cual no requería una oferta en medio de su ejecución por encontrarse sus términos perfectamente definidos entre las partes»*³², la acusación de la recurrente resulta inane, toda vez que, tal como se explicó, el juzgador, de manera contraria a lo que argumentó el censor, comprendió que la demandante asesoró en materia de publicidad a la demandada durante los años 2005 a 2007 y después entre las anualidades 2008 y 2010, de modo que no es cierto que hubiera estimado que las partes tuvieron una única relación convencional; empero, consideró que la actora no demostró que la prestación del servicio durante el segundo periodo citado se hubiere regido por las condiciones estipuladas en la oferta que Degris le presentó a Continautos el 31 de marzo de 2008.

³² Folio 15, c. Corte.

3.6. La recurrente aseveró, además, que el Tribunal -como consecuencia de los errores de orden fáctico en que incurrió- *«negó la aceptación tácita de la oferta y sus condiciones»*, consideración que es contraria a lo que demuestran los correos electrónicos enviados por el gerente de mercadeo de Continautos mediante los cuales se efectuó la aprobación de presupuestos y el plan de medios para campañas publicitarias.

En criterio de la censura, el *ad quem* se equivocó *«al buscar el hecho inequívoco de ejecución del contrato que echa de menos, en eventos diferentes de la conducta desplegada por el destinatario»*³³, desacierto que -sostuvo- tuvo origen en la errada apreciación de que existió un solo vínculo negocial que lo llevó a restar importancia al *«análisis de la fuerza vinculante de la oferta y su aceptación»*, de manera que si hubiera tenido por probado que el negocio jurídico objeto de la litis *«sólo nace a partir de abril de 2008, y que su génesis no es otra que, la oferta presentada por Degris a Continautos en Abril 2 de 2008, habría sin dudarle encaminado su análisis a estudiar la conducta desplegada por oferente y destinatario, tendiente a identificar un principio de ejecución del contrato, que es el único requisito que exige la ley comercial para constatar la aceptación tácita conforme a lo previsto por el artículo 854 del Código de Comercio»*. En su lugar, el Tribunal dirigió el enfoque probatorio a la exigencia de un requisito adicional al previsto en la ley, consistente en el *«cobro por el oferente de uno de los servicios ofertados...»*.³⁴

³³ Folio 16, c. Corte.

³⁴ Folios 16 y 17, c. 2.

3.7. Desde un comienzo, el *ad quem*, en relación con el punto que discutió la censura, advirtió que no existía claridad sobre *«ese hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, que es el que se exige para que al tenor del artículo 854 del Código de Comercio pueda hablarse de la aceptación tácita de la oferta»*³⁵ y que en la búsqueda del mismo debía repararse en el negocio jurídico anteriormente celebrado entre las partes del litigio, de modo que era necesario demostrar que había sido el querer de Continautos el de asumir obligaciones por completo diferentes a las que había tenido a su cargo, toda vez que -continuó- no era razonable pensar que *«quien ya había contratado sobre la base de un pago mensual, fee, decida ahora obligarse pactando a su cargo una comisión adicional, recibiendo a cambio la misma contraprestación que ya recibía (por) ese único pago»*³⁶.

Con apoyo en la declaración rendida por el representante legal de la actora, cuestionó la existencia de actos desplegados por su contraparte que permitieran evidenciar su voluntad de consentir en el contrato bajo las condiciones expresadas en la propuesta de Degris, cuyo proceder, además, no contribuía al propósito de esclarecer lo sucedido, porque la falta de cobro de la comisión adicional estipulada en esa oferta, equivalente al 5% de la inversión en medios de comunicación social que realizara Continautos por concepto de ordenación de pauta publicitaria, no tenía efecto distinto que el de poner en entredicho que fue real ese proceder incuestionable atribuido a la demandada, con la connotación de ser

³⁵ Folio 24, c. 2.

³⁶ Folio 27, c. 2.

revelador de su voluntad de aceptar el contrato de prestación de servicios en los términos de la propuesta.

Bajo tales parámetros –sostuvo– no compartía con la apelante el razonamiento según el cual a partir de la fecha de recibo de la oferta, empezaron a ejecutarse actos dicientes de la aceptación, *«materializados en la solicitud de “elaboración de presupuestos”, pues si el servicio prestado por la demandante, antes y después de la oferta tocaba con ese tipo de procedimientos, vale decir, la asesoría y elaboración de elementos publicitarios, recibiendo por ello una remuneración fija mensual»,* entonces el hecho de que *«se hubiese acordado un servicio adicional que diera lugar al cobro de ese 5%, del que se viene hablando, era algo de cuya demostración debió ocuparse, primeramente, la demandante»*.³⁷

Luego, si con anterioridad, la demandada solo había pagado el *fee* (remuneración mensual) y después procedió de la misma manera sin expresar por escrito su aceptación de la propuesta que recibió el 2 de abril de 2008, de su conducta no podía extraerse *«ese hecho inequívoco de que lo querido fue obligarse en términos distintos, esto es, al pago de una comisión adicional del 5% como “honorarios agencia sobre medios masivos y producción externa”, así como a que la duración del contrato se extendía 11 meses más, y que no podía terminarse unilateralmente...»*.³⁸

La conclusión a la que arribó el Tribunal en torno de no hallarse probada la aceptación tácita de la propuesta, no

³⁷ Folio 29, c. 2.

³⁸ Folio 30, c. 2.

puede considerarse fruto de un yerro fáctico, en tanto la apreciación realizada no se distancia de manera irreflexiva de la materialidad de las probanzas que se mencionaron.

No es cierto -se reitera- que el *ad quem* hubiera considerado que entre las partes existió una única relación mercantil tal como lo argumentó la censura, ni -debe afirmarse ahora- le restó importancia al estudio de la fuerza vinculante de la oferta y de su aceptación, razón que lo habría eximido del análisis de la conducta desplegada por la oferente y la destinataria; por el contrario, precisamente de la valoración del comportamiento asumido por las partes dentro de la prestación de servicios en el área de publicidad, la corporación judicial coligió que no existieron los actos a través de los cuales podría manifestarse la aceptación tácita del proyecto de negocio jurídico.

El juzgador, de modo alguno, efectuó la exigencia que le endilgó la censura de cobrar los servicios ofrecidos para entender que la demandada adhirió a la propuesta, porque en su razonamiento siempre estuvo claro que el requisito contemplado en el artículo 854 del estatuto mercantil como definitorio de la aludida anuencia implícita es el «*hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto*» como así lo sostuvo al inicio de las consideraciones consignadas en el fallo impugnado³⁹ y lo reiteró en varios apartes siguientes de esa decisión.

³⁹ Folio 24, c. 2.

En la sentencia recurrida se consignó que *«de lo que, entonces, debió persuadirse al fallador, primeramente, es de que los actos que de ahí en adelante ejecutó Continautos correspondían, más allá de cualquier duda, a los propios del contrato propuesto»*⁴⁰; *«en la búsqueda de esos actos inequívocos e incuestionables de la aceptación tácita de la oferta...»*⁴¹; *«hacíase imprescindible en orden a demostrar esa inequívocidad de los actos de los cuales preténdese inferir la aceptación tácita de la oferta mercantil...»*⁴²; *«Que en la aceptación, aun tácita de la oferta, se exija esa evidencia incontestable de la intención negocial, es una cuestión que no resulta ni mucho menos baladí...»*⁴³ y *«no existe ese hecho inequívoco de que lo querido fue obligarse en términos distintos...»*⁴⁴ (se destaca).

El *ad quem*, entonces, lejos de haber introducido un presupuesto distinto al que consagró la ley para admitir que el destinatario de la propuesta tácitamente manifestó su voluntad de contratar, en este caso, la asesoría, coordinación y desarrollo de elementos publicitarios con el fin de promocionar la venta de automotores, apreció la conducta de la demandante de no efectuar el cobro de la comisión adicional del 5% prevista en la cláusula cuarta de la oferta, denominada *«honorarios Agencia sobre medios masivos y producción externa»* [Folio 12, c. 1], como un indicio en contra de la aceptación implícita de las condiciones y términos previstos en ese ofrecimiento contractual, inferencia que no resulta desvirtuada por la acusación, porque ésta se encaminó a reprochar que el *ad*

⁴⁰ Folio 27, c. 2.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

⁴³ Folio 28, c. 2.

⁴⁴ Folio 30, c. 2.

quem había adicionado un elemento a la regla prevista en el artículo 854 de la codificación comercial y no a rebatir la base de la deducción que aquel realizó.

3.9. Por último y en relación con los correos electrónicos enviados por Camilo Andrés Arias Barreto como gerente de mercadeo de Continautos a las personas encargadas de los departamentos de producción y de medios de la agencia de publicidad obrantes a los folios 363 a 372 del cuaderno principal, aportados como prueba trasladada en los términos del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil y aceptados como de su autoría por el testigo Arias Barreto⁴⁵, que se afirmaron preteridos por el sentenciador a pesar de que demostraban la conducta de las partes durante los 14 días siguientes a la recepción de la oferta mercantil, es preciso reparar en que aunque el juzgador no hizo expresa mención de cada uno de ellos, el aspecto atinente a la solicitud de elaboración de presupuestos, tema al cual -en su mayoría- referían dichos mensajes de datos⁴⁶, fue expresamente analizado en la sentencia recurrida.

Al referirse al contenido de los mensajes de datos cruzados entre las partes, queda claro que el Tribunal sí valoró dichas pruebas, respecto de las cuales consideró que la petición de elaborar el presupuesto necesario para el

⁴⁵ Folio 297 vuelto, CD continuación audiencia art. 101 C.P.C. (registro a partir de de 1 h,44', 32").

⁴⁶ Según el art. 2 de la Ley 527 de 1999, por mensajes de datos se entenderá «la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax».

desarrollo de campañas y elementos publicitarios, no tenía la entidad requerida para que por sí sola pudiera exteriorizar la voluntad de la destinataria de acoger el proyecto de negocio jurídico bajo las condiciones en que se le comunicó por la oferente, en particular consintiendo lo relativo al pago de la comisión adicional del 5% sobre la inversión que Continautos efectuara en la ordenación de pauta publicitaria en los diferentes medios de comunicación; que la duración del contrato se extendía 11 meses más y que no podía terminarse de manera unilateral por alguna de las partes.

De lo expuesto en la forma que precede, se colige que los hechos relativos al encargo de trabajos publicitarios y los efectos o consecuencias que derivaba del mismo -de modo contrario a lo expuesto por la impugnante- fue objeto de apreciación por el *ad quem*; por lo tanto, aquel no incurrió en el error fáctico por preterición de la prueba que denunció la recurrente.

4. Los medios de convicción se sometieron por parte del juzgador al escrutinio de las reglas de la experiencia, el sentido común y la lógica, sin que en esta sede casacional sus inferencias se adviertan afectadas por errores de hecho protuberantes y trascendentes como los que son requeridos para desvirtuar las presunciones de legalidad y acierto que amparan al fallo objeto del recurso, de ahí que al no desvirtuarse la conclusión de que Continautos no aceptó tácitamente la oferta de Degris en los términos en que fue planteada, lo que ciertamente no obsta para que la relación

mercantil que tuvieron entre los años 2008 y 2010 hubiera tenido su fuente en un acuerdo verbal producto de la libre negociación, el segundo cargo tampoco está destinado a prosperar.

Ante el fracaso de la impugnación, se condenará a la demandante al pago de las costas causadas con ocasión de la misma.

III. DECISIÓN

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley **NO CASA** la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2012 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ordinario de la referencia.

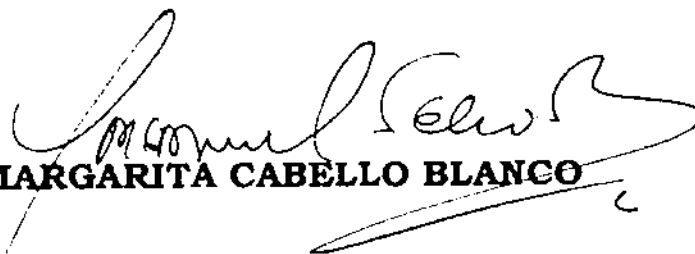
Costas del recurso extraordinario a cargo de la recurrente. Inclúyase la suma de \$6.000.000 como agencias en derecho a favor de Continautos S.A., por cuanto formuló réplica a la demanda de casación.

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


NOTIFÍQUESE



JESUS VALL DE RUTÉN RUIZ



MARGARITA CABELLO BLANCO



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA