

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente: MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA.

Proceso No. 110013103027201900258 01
Clase: VERBAL – RCC
Demandante: LEGAL SAFE S.A.S.
Demandado: ASOPAGOS S.A.

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 27 de diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Legal Safe S.A.S. contra la Sentencia de 30 de junio de 2022 proferida por el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda principal.

ANTECEDENTES

1. Legal Safe S.A.S.,¹ (en adelante Legal Safe) promovió demanda de responsabilidad civil contractual contra Asopagos S.A., (en adelante Asopagos) encaminada a que se declarara *i*) que el 14 de febrero de 2017, se perfeccionó entre las enfrentadas el “consentimiento para celebrar un contrato”²; *ii*) que el 28 de junio de 2017, los extremos de la Litis consignaron por escrito las obligaciones que regían dicho pacto³ -o, en su defecto, que se

¹ Ver folios 600 y ss., cdno. 1.

² “[C]uyo objeto era la prestación de servicios de orientación y atención básica inicial para aportantes actual y/o potencialmente fiscalizados por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP)”.

³ “Asopagos estaba obligada a:

- a. Establecer la necesidad, el alcance y el contenido conceptual detallado del servicio objeto del contrato, partiendo de su conocimiento y el mercado potencial del negocio derivado de su vinculación directa con las Cajas de Compensación Familiar.
- b. Difundir y divulgar el servicio objeto del contrato con el fin de lograr el consumo del mismo por parte de las empresas afiliadas a la Cajas de Compensación accionistas de la sociedad y

declarara que las sociedades en contienda celebraron un “contrato de colaboración empresarial”-; **iii)** que la participación en la utilidad generada por la ejecución del pacto se fijó en el “Modelo de Negocio Servicios Legales”; **iv)** que Asopagos S.A., incumplió el contrato; **v)** que el 16 de febrero de 2018, la convocante terminó el vínculo negocial con justa causa; **vi)** que la pasiva incurrió en responsabilidad civil contractual y, en consecuencia, se le condene a esta última al resarcimiento de perjuicios discriminados en \$743.564.329,00, por concepto de daño emergente y \$20.538.779.773, a título de lucro cesante; **vii)** se ordene a la demandada a pagar a su favor, los intereses causados sobre las sumas anteriores, o se realice la debida indexación, y **viii)** se condene en costas a la cuestionada.

De forma subsidiaria, petición que se declarara **i)** que el 9 de febrero de 2017, tanto el gerente como el representante legal de Asopagos S.A., “iniciaron negociaciones para celebrar un contrato”⁴, con Francisco de Valdenebro –para ese entonces futuro representante legal de Legal Safe S.A.S.-; **ii)** que la encartada actuó de mala fe en esa etapa precontractual y, como consecuencia; **iii)** se le condenara al pago de perjuicios tasados en los valores referidos en precedencia.

En síntesis, las pretensiones se sustentaron en los siguientes hechos:

a) El **9 de febrero de 2017** Jorge Gutiérrez, gerente y representante legal de Asopagos S.A., presentó una oferta a Francisco de Valdenebro, consistente en la “celebración de un contrato para prestar un servicio de orientación y atención básica inicial para aportantes actual y/o potencialmente fiscalizados por la UGPP”, así que el ofertante le propuso al señor Valdenebro constituir una sociedad, completamente independiente, para desplegar el objeto negocial “en nombre de Asopagos de cara a los usuarios”.

b) El **14 de febrero siguiente**, Francisco de Valdenebro aceptó la oferta mediante la constitución de Legal Safe S.A.S., empresa que nació a la vida jurídica con el único propósito de prestar los servicios de asistencia ya referidos; en esta data, “se perfeccionó el

los Aportes que hacen sus aportes PILA a través de Asopagos”; mientras que Legal Safe S.A.S., se obligaba a diseñar la estructura del servicio en mención y a la prestación del mismo.

⁴ “[C]uyo objeto era la prestación del servicio de orientación y atención básica inicial para aportantes actual y/o potencialmente fiscalizados por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP)”.

consentimiento entre Legal Safe y Asopagos para celebrar el contrato” y convinieron las obligaciones de cada sociedad.

c) Desde el 6 de marzo del mismo año la llamada a juicio dio inicio a un envío de correos; en el primero explicó “el contexto del servicio”, en el siguiente, de 17 de esa mensualidad, ilustró datos estadísticos del mercado, y luego, le insistió a la demandante “iniciar inmediatamente el proyecto mediante la implementación de un Plan Piloto para desarrollar el servicio de asistencia legal inicial UGPP en 3 cajas de compensación familiar accionistas de Asopagos: Combarranquilla, Comfacauca y Cajasán”.

d) El **4 de abril de 2017** la cuestionada puso en conocimiento de Legal Safe S.A.S., una presentación que contenía el mercado potencial existente; el modelo operativo; las tarifas y el plan de trabajo piloto con una fecha de inicio del 23 de marzo anterior, lanzamiento del servicio el 15 de mayo, y cierre el 21 de julio de 2017, así que ese mismo mes celebró un contrato de arrendamiento de inmueble comercial para destinarlo a la prestación del servicio conforme al cronograma definido, el cual dotó de material de activos tecnológicos y material de trabajo.

e) El **17 de abril de 2017** la demandada le remitió vía correo electrónico el “borrador del contrato de Prueba Piloto”, así que a partir de esta data las dos empresas intercambiaron e-mails, con modificaciones y estipulaciones del boceto en mención, con una última versión dada por la pasiva el **19 de mayo siguiente**, aunado, el día **27 de esa mensualidad**, la encartada le comunicó a detalle las etapas e implementación del Plan Piloto en la caja de compensación Cajasán, desde su firma, el **5 de mayo de 2017**, la salida en vivo el **6 de junio de 2017** y el cierre de la Prueba Piloto el **16 de agosto de 2017**.

f) El **15 de mayo de 2017** -fecha prevista para el lanzamiento de la Prueba Piloto-, la demandante ya había contratado la totalidad del capital locativo, tecnológico y humano necesario para iniciar la prestación del servicio.

g) A pesar de lo anterior, Asopagos incumplió con sus obligaciones estipuladas en el contrato de Prueba Piloto, salvo las relativas al “establecimiento de la necesidad, el alcance y el contenido conceptual detallado del servicio”, lo cual impidió la ejecución de la Prueba Piloto; sin embargo, el **8 de junio de 2017**, la demandada le comunicó el archivo denominado “preliminar del contrato de Colaboración Empresarial para la prestación de servicios de orientación y asistencia básica a

los aportantes que se encuentren o no en proceso de fiscalización por parte de la UGPP y otros” donde ya no se encontraba el desarrollo del Plan Piloto; luego, el día 28 de ese mismo mes, “vertieron” sus obligaciones contractuales, así que al subsiguiente día la cuestionada le remitió el archivo denominado “final acordado contrato junio 28”.

h) El **17 de julio de 2017** la encartada le compartió el documento denominado “IN16044 Modelo de Negocio Servicios Legales” como versión definitiva del contrato; allí, se establecieron los porcentajes de participación de las partes, 55% para Asopagos y el 45% restante de la actora.

i) El **29 de septiembre de 2017** la cuestionada remitió a la convocante, vía correo electrónico, 6 archivos; no obstante, lo allí plasmado, solo difirió de la versión dada el 29 de junio anterior, en el cambio del nombre del servicio, el cual mutó a “Asistencia Básica Inicial UGPP”.

j) Adujo que mientras la actora honró a cabalidad el contrato, su contendora **incumplió con la obligación de entrega y manejo de dinero del fondo rotatorio y costos reembolsables**, últimos que incluían conceptos como “equipo de trabajo”, “administración general” y “otros gastos reembolsables”, los cuales se proyectaron a 7 años.

k) Si bien, el **25 de octubre de 2017**, la demandada le entregó a Francisco de Valdenebro un cheque por la suma de \$46.250.000,00, correspondientes a los aportes reembolsables pagados por Legal Safe S.A.S., entre 12 de julio y 12 de octubre de 2017, lo cierto es que con posterioridad a esa reunión, la misma no le sufragó lo causado entre el 25 de octubre de 2017 y 7 de marzo de 2018, además de que le envió sendos correos con supuestos gastos en los que había incurrido, sin los respectivos soportes, por lo que el **22 de diciembre siguiente**, la demandante le rechazó por mensaje electrónico el “supuesto nuevo modelo de negocio pretendido por la demandada” y aunque el 29 de diciembre y el 8 de enero de 2018 intentó sanear el asunto con “supuestos soportes contables faltantes”, estos no correspondieron a lo acordado.

l) Relató que la sociedad demandada también incumplió **la obligación de publicidad**, pues, aunque el 13 de octubre de 2017, Asopagos S.A., contrató la agencia de publicidad, Guido Ulloa, quién propuso una “Estrategia Integral de Comunicación”, la misma no se

ejecutó; en suma, el **25 de septiembre de 2017** las partes acordaron realizar comunicaciones masivas e independientes para publicitar el servicio; sin embargo, Asopagos S.A., sólo llevó a cabo la de **12 de diciembre de 2017**, vía correo electrónico a 32.815 usuarios que hacían parte de su Base de Datos de Independientes de un total de 3.000.000 potenciales -según la información que la convocada le dio en febrero de 2017-.

m) Asimismo, cuestionó la inobservancia de obligaciones, como: i) **“garantizar que las llamadas que realizasen los usuarios llegaran exclusivamente al IVR dispuesto por Legal”**, en tanto, los usuarios primero debían comunicarse con el PBX de las Cajas de Compensación; ii) **“facilitar su base de datos a la demandante**, pues precisamente la actora nunca obtuvo acceso a esta; iii) **“definir en conjunto con Legal el valor por la prestación de los servicios”**, ya que la cuestionada impuso de manera unilateral que para usuarios categoría diamante, no se cobraría valor alguno.

n) Expuso que el **16 de febrero de 2018** Legal Safe S.A.S., le comunicó a la sociedad demandada que, de conformidad con el numeral 5º de la cláusula 17 había tomado la decisión de terminar con justa causa el contrato con base en el incumplimiento de Asopagos en el desarrollo de sus obligaciones⁵, y aunque le sugirió a la pasiva cederle los contratos laborales para dar continuidad a la prestación del servicio, la encartada le rechazó tal propuesta el 21 de febrero de ese mismo mes.

o) Por último, cuestionó una **“falta al deber de obrar de conformidad a la buena fe en la etapa contractual y postcontractual de Asopagos”**, porque no solo vinculó de forma irregular a varios clientes, sino que también negó la existencia del contrato y luego, el 23 de marzo de 2018, es decir, con posterioridad a la fecha de terminación del vínculo negocial, la demandada realizó el “lanzamiento del servicio de asesoría legal para requerimiento de la UGPP en Comfenalco Cartagena” e hizo un uso indebido del *know how* de Legal Safe S.A.S.

2. Notificada la demandada del auto admisorio de **23 de abril de 2019**, esta se opuso a las pretensiones, y propuso las **excepciones de mérito** que denominó: **a)** inexistencia de un contrato de prestación de servicio y/o de un contrato de colaboración empresarial; **b)** inexistencia de obligaciones y de incumplimientos; **c)** no es posible

⁵ Obligación de publicidad (cláusula 3.3 y 3.5), de comercialización y venta del servicio (cláusula 3.8), de entrega del dinero para el Fondo Rotatorio (cláusula 3, numeral 13).

terminar un contrato que no existe; **d)** inexistencia de responsabilidad contractual; **e)** los borradores de un contrato no tienen ningún efecto al faltar los elementos esenciales; **f)** los únicos acuerdos fueron cumplidos por Asopagos, esto es, el Acuerdo de Confidencialidad y lo relativo a la distribución temporal de costos y gastos; **g)** no existe daño emergente que sea indemnizable; **h)** no hay lucro cesante imputable; **i)** compensación; **j)** nulidad relativa, y **k)** excepciones adicionales.

Como soporte de lo anterior, adujo que:

Asopagos S.A., es una empresa autorizada para prestar el servicio de operador de información de las planillas integradas de liquidación de aportes –PILA; que, a finales de 2016, comenzó a considerar la posibilidad de explorar un nuevo servicio que pudiera brindar asistencia y orientación a sus clientes y usuarios frente a eventuales requerimientos a la UGPP.

Los señores Francisco de Valdenebro y Diego Conde –yerno del primero-, al conocer de la comentada idea, se acercaron al gerente de la demandada, para sugerirle que “exploraran conjuntamente la estructuración de un producto”, así que contrario a lo afirmado por la actora, en la reunión de **9 de febrero de 2017** –una de muchas-, no existió oferta alguna. Y es que de haberse realizado esta, el contrato tampoco habría tenido la virtualidad de ocasionar efectos jurídicos, al **no contener los requisitos que establece el artículo 845 del Código de Comercio para su existencia**, aunado a que, resultaba imposible que la persona jurídica fuese la destinataria, pues, su constitución se realizó solo hasta el **14 de febrero de 2017**.

Relató que lo discutido en esa oportunidad quedó consignado el **17 de abril de 2017** en un celebrado “**Acuerdo de Confidencialidad**” el cual giró en torno a i) el deber de confidencialidad entre ellas, ii) la necesidad de iniciar una prueba piloto para determinar la viabilidad del servicio, y iii) un compromiso de que nada de lo que harían en adelante las obligaría a celebrar pactos a futuro.

Expuso que aun en “una etapa muy preliminar”, la sociedad actora tomó la decisión de vincular a más de 10 personas a su planta de personal, arrendó una oficina y realizó cuantiosas inversiones en equipos y mobiliario.

Aunado, arguyó que el objeto social de Legal Safe S.A.S., no se circunscribió a la ejecución de algún negocio o contrato puntual con la

demandada, de hecho, en el certificado de existencia y representación legal de la reclamante, se lee de manera general y abstracta un sinnúmero de actividades, sumado a que la constitución de la persona jurídica reclamante surgió como decisión libre de sus accionistas, sin que su éxito o fracaso pudiere ser atribuible a la convocada.

Si bien, las enfrentadas intentaron negociar un “contrato de prueba piloto” y un “contrato de colaboración empresarial”, nunca llegaron a un acuerdo final y definitivo sobre los términos y alcance de ambos documentos, ni tampoco de las obligaciones o elementos de la esencia, al punto que jamás suscribieron los mismos; sin embargo, durante varios meses ejecutaron “un programa piloto”, que “implicó una suerte de desarrollo experimental de lo que se pensaba podría ser un eventual servicio”.

Mencionó que “la prueba piloto” no fue más que “la herramienta que facilitaría la obtención de información de un mercado absolutamente desconocido e inexplorado para determinar si la prestación del servicio era o no viable”; luego, este plan inició solo con la Caja de Compensación Cajasan, la que si bien, aceptó la realización del programa, lo cierto es que no consintió firmar documento alguno que la atara al cronograma para su desarrollo.

A su vez, la extensión de la mentada prueba piloto era a todas luces flexible, esto, porque dependía de las cajas de compensación que accedieran a implementarla, así que su duración también contó con una estimación porque su ejecución no dependía únicamente del cumplimiento de las obligaciones de las partes, sino que además obedecía a la voluntad de terceros.

Asopagos S.A., jamás dejó de ejecutar las obligaciones contenidas en el Acuerdo de Confidencialidad siendo este, el único suscrito de común acuerdo, máxime que, Legal Safe S.A.S., nunca le indicó a la demandada que en su parecer hubiera dado inicio a la ejecución del borrador del contrato de Colaboración Empresarial, con todo, si así fuere, esgrimió que el mismo debía considerarse nulo, pues, la manifestación de voluntad de Asopagos adoleció de dolo y error.

El correo electrónico cuyo asunto se tituló “finales acordados” no era suficiente para concluir que con él las contendoras llegaron a un acuerdo de voluntades sobre la versión del contrato de Colaboración Empresarial, porque después de este -al menos hasta septiembre de 2017-, las partes aún intercambiaron borradores, sumado a que estos

adolecían de los requisitos esenciales, ya que si bien se incluyó un porcentaje de participación, “al lado de cada uno aparece la advertencia de que tales cifras [estaban] por validar”.

Relató que para que se diera la celebración del mencionado contrato de Colaboración Empresarial no solo era imprescindible que la prueba piloto se llevara a cabo, sino que, además, esta tuviera éxito y agregó que no era cierto que la división por categorías de los usuarios se diera por imposición unilateral de la convocada, en tanto fue una decisión tomada de común acuerdo; en todo caso, aseveró que la gratuidad para la distinción de “diamante” pudo tratarse de una estrategia de mercado.

Aseguró que el redireccionamiento de llamadas de ninguna manera desnaturalizaba el servicio, con todo, el hecho de que aquellas fueran atendidas de manera directa o indirecta no garantizaba el éxito del trabajo y, por tanto, esa actividad no podía considerarse como un obstáculo para la ejecución de la Prueba Piloto.

Asimismo, negó la existencia de acuerdos sobre la forma como las enfrentadas asumirían los costos y los gastos que se produjeran durante la ejecución de la Prueba Piloto y mencionó que si bien, algunos soportes no los aportó, esto se debió a que respondían a información de carácter reservado y agregó que si no pagó la suma de \$137.517.000 demandada por Legal Safe S.A.S., fue porque aquella resultó de un cálculo errado donde no se tuvo en cuenta lo que asumió directamente Asopagos S.A.

En lo relativo al pago del cheque, afirmó que esto surgió en forma transitoria, “para aligerar el impacto de las pérdidas en Legal y en virtud de la decisión transitoria de que los costos y gastos del piloto fueran compartidos”. A su vez, comentó que en comunicaciones entre Asopagos y Legal de diciembre de 2017, esta última reconoció que la distribución de los costos y gastos sería de carácter temporal, dejando en evidencia que, lo señalado en el escrito de demanda es francamente erróneo.

3. Por otra parte, Asopagos S.A., formuló demanda de reconvencción para que, en lo medular, se declarara: **(i)** la existencia, validez y eficacia del Acuerdo de Confidencialidad celebrado entre ella y Legal Safe S.A.S., el **17 de abril de 2017 (ii)** que, las partes se obligaron a realizar una Prueba Piloto para analizar la viabilidad y posibilidad de implementar un servicio y llegar a un eventual contrato, **(iii)** que, ni la

suscripción del primero, ni la ejecución del segundo, obligaba a las partes a perfeccionar futuros acuerdos entre ellas **(iv)** que, en el marco del “Acuerdo de Confidencialidad” negociaron los términos, condiciones, obligaciones, derechos y elementos esenciales de un eventual “contrato de Colaboración Empresarial” **(v)** que finalmente nunca convinieron sobre el contenido y los elementos esenciales del “contrato de Colaboración Empresarial” **(vi)** que no convinieron acuerdo alguno ni contrato diferente al de Confidencialidad **(vii)** que la Prueba Piloto evidenció que ni el servicio ni el eventual acuerdo eran viables **(viii)** que Legal Safe S.A.S., terminó la Prueba Piloto el 23 de febrero de 2018.

4. La demandada en reconvenición se opuso al *petitum* enervado en su contra, como sustento adujo que, las súplicas de la demanda de reconvenición no eran pretensiones en estricto sentido, aunado a que, Asopagos no agotó los requisitos de procedibilidad, dado que no convocó previamente a una conciliación extrajudicial para discutir lo pretendido mediante la contrademanda, por tal razón aquella debió ser inadmitida.

5. La sentencia de primera instancia.

En providencia de 30 de junio de 2022, la juez de primer grado, de un lado, denegó las pretensiones de la demanda principal y en ese sentido absolvió a la pasiva de aquellas; mientras que, de otra parte, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada en reconvenición, por lo que, en consecuencia, declaró que existió el acuerdo de confidencialidad suscrito por las sociedades aquí enfrentadas entre el 17 de abril de 2017 y el 23 de febrero de 2018 –data última en la que Legal Safe S.A.S., decidió concluir el plan piloto-; por sustracción de materia, negó los pedimentos enlistados en los cardinales 3º, 4º, 5º, 7º y 8º de la contrademanda y, por último, condenó en costas a la sociedad vencida.

Para arribar a la determinación en comento, la *a quo* comenzó por referenciar el marco teórico de las acciones de naturaleza contractual; a continuación, expuso que lo primero a determinar era la existencia del vínculo negocial, su validez, y el consentimiento entre los extremos de la Litis como perfeccionamiento del mismo.

Así, sentó que si bien, la génesis del contrato versó con base en una presunta oferta efectuada por Asopagos al señor Valdenebro el 9 de febrero de 2017, consistente en la “celebración de un contrato de orientación y atención básica inicial para fiscalizados por la UGPP” y que aquella se aceptó

desde que se constituyó la sociedad Legal Safe, lo cierto es que en esta causa la alegada oferta no existió conforme a los presupuestos de los artículos 845, 847 y 851 del Código de Comercio, y del canon 14 de la Ley 527 de 1999, pues las pruebas aportadas como soporte de ella, no resultaron idóneas en tanto el contenido de la documental nada dijo acerca de la reunión celebrada el 09 de febrero de 2017, aunado a que ningún testigo declaró haber presenciado o conocer las tratativas de la misma.

Luego, en lo referente a las pretensiones subsidiarias, esto es, que se declarara la existencia de un contrato de colaboración empresarial, sentenció que este tampoco se acreditó dado que se evidenció una “*intención de celebrarlo*” con el intercambio de borradores o proyectos del pacto en mención a lo largo del año 2017, pero estos no fueron suscritos por los negociantes y, aun cuando se demostró la ejecución de una prueba piloto, sumado a que la misma superó el término inicialmente pactado, lo cierto es que ese evento no se tornó suficiente para demostrar la mutación de un pacto contractual al contrato de colaboración alegado.

Ya en lo relativo a la demanda de reconvencción, precisó que se comprobó la existencia del acuerdo de confidencialidad aquí invocado, toda vez que lo suscribieron ambas partes en contienda y que fue en virtud de aquel que se dio la ejecución de una prueba piloto, surtida con fines netamente experimentales, el cual terminó de forma unilateral por parte de Legal Safe por medio de comunicación remitida a Asopagos el 23 de febrero de 2018.

En cuanto al *petitum* encaminado a declarar que las partes nunca llegaron a un acuerdo sobre el contenido del contrato de colaboración empresarial, la juez de primer grado no se pronunció por sustracción de materia, en tanto la sociedad demandante no demostró la existencia de una oferta.

La decisión fue objeto de adición en cuenta a una omisión acerca del estudio de las pretensiones subsidiarias; sin embargo, en la misma data, esta fue desechada por considerar que los mismos argumentos explicitados continuaban en línea para aniquilar las solicitudes secundarias.

6. Del recurso de apelación.

6.1. Inconforme con lo resuelto, Legal Safe S.A.S, apeló la decisión. Para dicho efecto, en la oportunidad debida presentó sus reparos y sustentó la alzada en los términos que se compendian a continuación:

a) En primer lugar, la impugnante cuestionó la forma como fue abordado el problema jurídico en primer grado, en tanto, a su juicio, se trató de una determinación incomprensible y desordenada, al punto que, al solicitar adición al fallo, la *a quo* se limitó a dar una confusa explicación de que lo esgrimido frente a las peticiones principales continuaban de soporte para la negativa de las segundas, así que discutió que no se evacuara en debida forma el estudio del pedimento subsidiario de la demanda inicial. Debatió la valoración probatoria, en tanto esgrimió que se pasó por alto el material demostrativo, tanto documental como testimonial, que revelaba la existencia del contrato de colaboración, mientras que también se omitió un análisis de fondo de las pretensiones del asunto en reconvención con el que se aceptaban las tratativas indicadas por la actora principal.

b) Asimismo, señaló que, en su criterio, sí existió una oferta ya que como lo tiene visto la jurisprudencia –sentencia SC11815 de 6 sep. 2016-, esta se puede manifestar de diversas formas y, para el caso en concreto, se reflejó con la ejecución del acuerdo para la prestación de servicios de asesoría para la UGPP, así que para este punto se pasaron por alto pruebas como la declaración de Francisco de Valdenebro, los testimonios de Diana Plata y Mario Arenas, junto con las intervenciones de los empleados de la demandante y la documental obrante en archivo “07CDAnexosDemandaDictamenFls” que enseña desde informes preparados a inicios de febrero de 2017, hasta correos, comunicaciones y actas del Comité Directivo emitidas durante el curso de la anualidad aludida.

c) Criticó un desconocimiento del principio de consensualidad que rige para negocios mercantiles, más concretamente, el contrato de colaboración empresarial, al manifestar que pese a verificarse la inequívoca manifestación de voluntad de ambas partes para desarrollar y prestar un servicio de asesoría, se exigió la suscripción de un documento como requisito formal no aplicable al caso en concreto.

d) Aseveró que en el trámite concurrieron los elementos de la responsabilidad civil contractual que llevaba a que salieran avante sus

reclamaciones y que lo resuelto por la falladora fue el resultado de una indebida apreciación de las pruebas.

e) Refutó que la *a quo* omitiera un análisis y valoración sobre el juicio de responsabilidad precontractual en tanto para ello aplicó los mismos argumentos de la responsabilidad contractual de las pretensiones principales y censuró que no se estudiara el material probatorio que demostraba el actuar de la mala fe de la pasiva en esa etapa previa.

f) Por último, calificó de incongruente la decisión, al concluir, de forma equivocada, que solo existió un contrato de confidencialidad cuando en las consideraciones se reconoció la celebración de una prueba piloto entre los enfrentados, la que, además, fue incumplida por la demandada, sumado a que sin prueba alguna se determinó que la actora principal terminó un acuerdo distinto al que en realidad se ejecutó.

CONSIDERACIONES

La Sala encuentra que la actuación se desarrolló normalmente, no hay causal de nulidad que se tenga que declarar, se hallan presentes los presupuestos procesales y este tribunal es competente para decidir el recurso de apelación en los términos y con las limitaciones que establece el artículo 328 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁶.

Precisado lo anterior, de entrada, se observa que la sentencia de primera instancia será confirmada, pues los reparos concretos que en su oportunidad expuso y sustentó la sociedad recurrente, no tienen la virtualidad de derruir la conclusión absolutoria de la demandada principal a la que llegó la juzgadora de primer grado.

En el caso *sub examine* comiencese por decir que las partes no controvirtieron la existencia del “acuerdo de confidencialidad” signado por ellas el 17 de abril de 2017, en cuyo texto definieron términos, condiciones y alcances del “**deber de confidencialidad**” que les regiría frente al “**intercambio de cualquier información proporcionada por Asopagos**

⁶ “El apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P.)” (CSJ, sentencia del 1º de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

*a Legal Safe relacionada con la implementación del servicio tendiente a prestar orientación y asistencia básica inicial a los aportantes afiliados a las Cajas de Compensación Familiar accionistas de Asopagos, que se encuentren en procesos de fiscalización por parte de la UGPP, así como de aquellos que aún no lo están, pero requieran de asesoría para tomar medidas preventivas”.*⁷ (Se resalta).

Sin embargo, en este punto vale la pena precisar de entrada que la única parte que pretendió la declaratoria de la existencia de este vínculo negocial, fue la demandada principal –demandante en reconvencción-, mientras que la actora primigenia, promovió el juicio de responsabilidad civil contractual, no con el ánimo de controvertir tal relación o perseguir un resarcimiento de esta, sino tendiente a conseguir la declaratoria de existencia, en primer lugar, de un “contrato” consolidado, presuntamente perfeccionado el “14 de febrero de 2017” cuyo objeto era la prestación de un servicio⁸ o, en su defecto, de forma subsidiaria, un “contrato de colaboración empresarial”⁹.

En segundo lugar, también presentó un acápite como “pretensiones subsidiarias”, cuyo texto se enfiló a que se declarara que las partes “iniciaron negociaciones para celebrar un contrato” y que Asopagos actuó de mala fe durante esa fase precontractual y, para todos los eventos, requirió que se condenara a la pasiva a indemnizar los perjuicios causados.

Luego, ante los diversos negocios jurídicos invocados y, el reiterado alegato de la demandante frente a la existencia de una relación contractual por vía de apelación, la Sala estima desde ya que las tratativas no lograron superar la etapa precontractual, dado el evidente cambio de naturaleza jurídica de los negocios dialogados, reconocido por los contendores y vislumbrado desde los albores de la documental arrimada a esta causa.

Para empezar, se evacúa en principio lo relativo al “Acuerdo de Confidencialidad”, con el fin de determinar si de este se extrae que reguló o delimitó la negociación surgida entre las sociedades aquí enfrentadas o si, por el contrario, se trató de un pacto particular e independiente al de naturaleza contractual alegado por la recurrente y que más adelante se abordará.

⁷ Folios 20 a 26 de Anexos Parte 1.pdf. (C04 Reconvencción, 02 MMfl11, Anexos).

⁸ Pretensiones principales primera, segunda y tercera, detalladas en folio 2 de “09DemadnaAutoAdmisorioFls600-667.pdf” (C01Principal_Cerrado).

⁹ Pretensión en subsidio a las principales detallada en folio 3 *ibidem*.

Así, se torna necesario traer a colación el contenido del aludido acuerdo celebrado por escrito y signado por los extremos de la Litis el 17 de abril de 2017. En primera medida, dentro de los considerandos, los contratantes dejaron por sentado en esa oportunidad que:

1. “[...] **adelantan conversaciones para analizar la posibilidad de implementar un servicio** tendiente a prestar orientación y asistencia básica inicial a los aportantes afiliados a las Cajas de Compensación Familiar accionistas de Asopagos, que se encuentren en procesos de fiscalización por parte de la UGPP, así como de aquellos que aún no lo están, pero requieran de asesoría para tomar medidas preventivas”.
2. [...]
3. *Que las partes **desean ejecutar un piloto del servicio** señalado en el considerando primero del presente acuerdo con la intención de analizar la viabilidad del servicio en todas las cajas de compensación familiar accionistas de Asopagos.*
4. [...].¹⁰ (Se resalta).

De la lectura de los presupuestos del comentado arreglo, se deduce fácilmente que las partes en contienda sí adelantaron unas tratativas para implementar una eventual prestación de un servicio y que contaban con serias intenciones de ejecutar un programa “piloto”; sin embargo, de este escrito mal haría la Sala en concluir que allí se concertó la forma como se ejecutaría el plan piloto pues de su clausulado nada de ello se desprende.

Si bien, en el alusivo texto las personas jurídicas en disputa dejaron en evidencia su deseo de “ejecutar un piloto” de un servicio, lo cierto es que este asunto lo resaltaron con el fin de explicar las razones que las llevaba a esta puntual celebración de confidencialidad, y esto fue porque del hecho de surtir negociaciones entre ellas, implicaba compartir cierta “información” que pretendían proteger y mantener en reserva.

Así, de la parte introductoria del documento, se observa que los exponentes anotaron que lo suscribían “con la intención de proteger su información confidencial [...] para darle protección a cualquier información suministrada a Legal Safe” y “a fin de controlar la no divulgación”. Además, en la cláusula primera, el objeto se fincó en definir los términos, condiciones y alcances del **“deber de confidencialidad”** que giraría en torno al “intercambio de cualquier información proporcionada por Asopagos a Legal Safe relacionada con la implementación del servicio [...]”. Acto seguido, expusieron que “el deber de confidencialidad va dirigido al piloto que las partes desean implementar, **en caso de que las**

¹⁰ Folios 20 a 26 de Anexos Parte 1.pdf. (C04 Reconvención, 02 MMf11, Anexos).

partes decidan formalizar el servicio de forma permanente, dicho deber se extenderá al servicio".

En otras palabras, el “deber” de la guarda de la información compartida, se pactó tanto para la esfera precontractual, como para el evento en el que se diera un contrato consolidado y sumado a esto, las obligaciones fijadas en este convenio no eran más que: “custodiar la información (...) para impedir que terceros tengan acceso a ella y para impedir su deterioro y pérdida”, “mantener en confidencialidad la información recibida y no revelar esa información parcial o totalmente (...)”, “ninguna de las partes revelará o instruirá a sus representantes para compartir información confidencial con terceros (...)” “utilizar la información suministrada (...) únicamente de la manera y para los fines establecidos en el Acuerdo”, entre otras.

De ese modo, y para concluir sobre este tópico, que el “Acuerdo de Confidencialidad” en nada influyó frente a las negociaciones sobre la eventual o materializada prestación de un servicio, ni tampoco reguló el trabajo que las partes intentaron concretar.

Comporta entonces revelar porqué esta Colegiatura entiende que dichas tratativas reconocidas por ambos extremos de la Litis, no lograron superar el plano netamente previo y, en consecuencia, no alcanzaron a consolidarse en un contrato que atara a las partes.

Primero, como se decantó en precedencia, el mismo “Acuerdo de Confidencialidad” suscrito por las partes el 17 de abril de 2017, denotó que las sociedades intervinientes adelantaron **“conversaciones para analizar la posibilidad de implementar un servicio”**, hecho que no requiere de un adicional medio suasorio para su comprobación.

Sin embargo, debe precisarse que, por el simple hecho de reconocer la existencia de algunos actos preparatorios, estos por sí solos no constituyen la oferta de la que trata el artículo 845 del Código de Comercio¹¹.

Al respecto, la jurisprudencia ha decantado que:

¹¹ “La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”.

“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)»* (se destaca)¹².

En ese orden, cabe precisar, entonces, que la propuesta es en últimas, la exteriorización de una declaración de voluntad, que se presenta de forma unilateral a un receptor y la que tiene por objeto la celebración de un contrato. En palabras de Luis Díez Picazo y Antonio Guillón, es imperativo que la misma “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”¹³.

Para el caso *sub examine*, nótese que desde el hecho 6 de la demanda, Legal Safe refirió que, en reunión de **9 de febrero de 2017**, el entonces representante legal de Asopagos, presentó una **“oferta contractual”** a Francisco María de Valdenebro Bueno -como persona natural-; luego, en el numeral octavo de su recuento, expuso que el 14 de febrero siguiente el señor Valdenebro “aceptó la oferta”, con el acto positivo de la “constitución de Legal Safe”, a lo que agregó, que la empresa nació a la vida jurídica “con el único propósito de prestar los servicios legales de asistencia básica”; al mismo tiempo, la impulsora del asunto litigioso requirió en sus pretensiones que se declarara que el 14 de febrero de 2017 **“se perfeccionó el consentimiento** entre Legal Safe S.A.S. y Asopagos S.A. **para celebrar un contrato cuyo objeto era la Prestación del Servicio de Orientación y Atención Básica Inicial para aportantes actuales y/o potencialmente fiscalizados por la Unidad de Gestión Pensional y Paraficales (UGPP)”**.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil. Sentencia SC054-2015 de 26 de enero de 2015. Rad. 11001-31-03-044-2010-00399-01. M. P. Ariel Salazar Ramírez.

¹³ Díez Picazo, Luis y Guillón, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 6ª Ed. Madrid: Tecnos, 1992. Vol. II, p. 69 y ss.

Sin embargo, indíquese que la Sala descarta de tajo la invocada “oferta” desde esos albores, por las siguientes dos razones.

La primera, porque en esa data inicial la receptora de la aparente propuesta se trató de una persona natural diferente a quien interviene en esta causa, es decir, que no es parte y mucho menos, sujeto procesal de la acción de responsabilidad y luego, quien, al parecer, pasa a aceptarla, es Legal Safe S.A.S., como persona jurídica, lo que evidencia, una disparidad en los intervinientes del negocio a celebrar.

Si, en gracia de discusión, se aceptara que el cambio de receptor no implica la desnaturalización de la oferta, dado que aquella podría estar dirigida a un destinatario ora personas indeterminadas –público en general-, lo cierto es que tampoco existió claridad en el negocio planteado pues, aunque se quiera hacer ver que el objeto era “prestar un servicio de asistencia”, lo cierto es que no se evidenció de forma precisa e inequívoca, el tipo de contrato que se invitaba a celebrar.

El segundo motivo, consiste en que no se logró acreditar que el escenario precontractual culminara con una real “oferta”, pues no se olvide que esta solo surge cuando se ha presentado de manera firme, clara, inequívoca y precisa, con el “proyecto definitivo” de un acto jurídico a perfeccionar.

Pues bien, se itera que, si la recurrente predica que la intención negocial era la de llegar a prestar un servicio de asistencia bajo la celebración de un “contrato de colaboración empresarial”, lo cierto es que esta invitación primigenia debía contener desde su exposición los elementos esenciales del pacto policitado.

Sin embargo, como viene de comentarse, ni siquiera puede decirse que la presunta invitación realizada el 9 de febrero de 2017 contaba con el calificativo de oferta, porque ciertamente para esa data no existió una irrefutable, firme y decidida voluntad del oferente de celebrar un negocio jurídico, cuyo proyecto pudiera estar “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”¹⁴.

En todo caso, resulta inocuo verificar si la alegada oferta dada supuestamente a inicios de febrero contaba con los requisitos propios para calificarla de ese modo porque justamente en los mismos hechos

¹⁴ Corte Suprema de Justicia SC, 8 Mar. 1995, Rad. 4473.

de la demanda la actora refirió que incluso el **17 de abril de 2017**, Asopagos le remitió vía correo electrónico “el borrador de prueba piloto para la prestación del servicio” y que a partir de esa data, las partes “**comenzaron a modificar y negociar las estipulaciones del borrador**”, ello mediante “intercambio de correos que tuvo lugar entre el 17 de abril y el 19 de mayo”, fechas en las cuales “circularon las diferentes versiones”.

Y es que no entiende la Sala cómo la sociedad demandante alega en su apelación la existencia de una “oferta”, cuya aceptación se probó con la “ejecución del acuerdo para la prestación de servicio de asesorías”, cuando las mismas partes solo suscribieron hasta el mes de abril de 2017, el “Acuerdo de Confidencialidad” en el que, además, reconocieron estar en diálogos y tratativas. En este sentido, se aprecia que para abril, las partes aún estaban en una fase de actos preparatorios que no se habían concretado en la oferta y su consecuente aceptación, ya que continuaban intercambiando borradores de posibles contratos, de diferente naturaleza, pues el mismo representante legal de Legal Safe, en el interrogatorio de parte¹⁵, hizo alusión a diversos “borradores”, como por ejemplo un contrato de “cuentas en participación”¹⁶, “minutas de prueba piloto” con una supuesta ejecución pactada de dos meses, y lo que finalmente desembocó en una aparente propuesta de contrato de colaboración empresarial¹⁷.

En ese orden, por sustracción de materia, la Sala no entra a analizar las pruebas que invoca la recurrente como desconocidas con las que alegó una configurada oferta desde febrero y su consecuente aceptación, pues como ya se indicó, para esa fecha solo se evidenciaron actos preparatorios que se extendieron por varios meses dados los intercambios de correos con diferentes versiones de contratos a celebrar reconocidos por las personas jurídicas aquí enfrentadas.

Superado ese tópico, la Sala observa que Legal Safe, continuó su censura frente al presunto desconocimiento del “mandato de consensualidad que rige para los negocios mercantiles” y en ese entendido, alegó que a la *a quo* no le era dable negar la existencia de un contrato por la ausencia de suscripción o firma del documento.

¹⁵ Minuto 18:10, audiencia de 22 de julio de 2021 Archivo “GrabaciónAudieica22-07-2021_2aParte.url” de “11Audiencia_22-07-2021” de Carpeta “C03Cont.Principal_Abierto”.

¹⁶ Contrato tipificado en la legislación colombiana en los artículos 507 y siguientes del Código de Comercio.

¹⁷ Contrato atípico.

Al respecto, vale la pena resaltar que el negocio jurídico que la demandante invocó como perfeccionado consistió en el de “colaboración empresarial”; sobre este, indíquese que aun cuando cierta la apreciación de la censora, no puede desconocerse que, para hablar de un contrato consolidado de colaboración empresarial, el mismo debe honrar su naturaleza contractual donde concurren sus elementos esenciales.

Es bien sabido que el aludido contrato de colaboración empresarial no cuenta con un fundamento normativo en la legislación nacional, por lo que se enmarca en los llamados “contratos mercantiles atípicos”; no obstante, aunque su desarrollo jurisprudencial y doctrinal es un poco limitado, este ya ha sido definido como aquel por medio del cual las partes deciden unir esfuerzos para lograr la consecución de una labor o proyecto específico, con cierta atención a las calidades que ostenta cada una o, al aporte dirigido al fin previsto; aunado a que no se forma una persona jurídica diferente a quienes intervinieron en su origen; y se trata de una convención de carácter temporal, toda vez, que la unión únicamente subsiste con miras a lograr el objeto previsto.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia sentó:

“Aunque en la práctica es el instrumento de cooperación del cual se sirven personas con actividades afines, que temporalmente y sin el ánimo de asociarse resuelven conjuntar esfuerzos para ejecutar determinado negocio, sin que se interfiera su organización jurídica o económica, en el derecho privado patrio no han sido objeto de regulación, constituyendo por ende una modalidad atípica de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración, por el cual dos o más personas convienen en aunar esfuerzos con un determinado objetivo, consistente por lo general en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que se establezca una sociedad entre ellos, puesto que no se dan los elementos esenciales del contrato de sociedad, amén de conservar cada cual su personalidad y capacidad para ejecutar las actividades distintas del negocio común. En otras palabras, se trata de ‘una unión formada para la gestión o la defensa de intereses comunes, sin llegar a constituir una sociedad’ (Caballero Sierra, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá. Temis. 1985. Pág. 88), particularidades que por ende le confieren una naturaleza jurídica propia, una estructura singular que impide confundirlos con figuras como las

cuentas en participación o la sociedad de hecho, pese a las aproximaciones que a primera vista pudieran avizorarse entre ellas”¹⁸.

En armonía con lo expuesto, se configurará entonces un contrato de Colaboración Empresarial siempre que: “(i) Que los contratantes conserven su individualidad jurídica, de tal manera que no es creada una nueva persona jurídica que ejecute el objetivo en común; (ii) Que exista unidad de propósito, por lo que los contratantes trabajan conjuntamente para lograr su objetivo; (iii) Que los partícipes aporten activos, bienes o industria para el desarrollo del proyecto común; (iv) Que se delimite la forma en que se asumirán los riesgos y se distribuirán los resultados, sean pérdidas o ganancias”¹⁹.

Situados en el *sub lite*, la Sala descarta que los elementos en cita concurrieran a cabalidad pues ciertamente entre las partes existió mayor rivalidad frente al último de los mentados, esto es, la precisión y delimitación en lo atinente a los riesgos y la forma precisa de **cómo se distribuirían las utilidades**.

Pues bien, se observa que la apelante, en su recurso, enfiló sus esfuerzos a identificar e ilustrar las pruebas con las que, en su criterio, se demostraba que “[s]í existió un acuerdo de voluntades sobre la identidad que cada parte conservará, sobre la unidad de propósito que tenía el proyecto – en detalle hasta cinco años de ejecución-, riesgos y obligaciones asumidos por cada parte, y sobre los aportes que cada una traía al proyecto”. No obstante, pasó por alto hacer mención a lo pactado en cuanto a cómo se distribuían los resultados o utilidades.

Sobre el particular, la Sala echa de menos una prueba certera y contundente de la estipulación en comento, lo que lleva a concluir que dicho elemento no se configuró y, por contera, resultaba inviable declarar la existencia del vínculo contractual.

Al respecto, se tiene que, luego de varias negociaciones efectuadas por las partes, la actora hizo especial mención a dos correos; el uno, de **29 de junio de 2017**, cuyo contenido reunió cinco documentos, consistentes en “final acordado contrato junio 28 6pm.doc”, acompañado de los Anexos 1, 2, 3 y 5²⁰; y, el restante, de fecha **29 de**

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 13 de septiembre de 2006 exp. 88001-31-03-002-2002-00271-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

¹⁹ Sentencias del 02 de febrero de 2017 (exp. 20517, CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas) y 27 de junio de 2018 (exp. 21745, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez).

²⁰ Folio 65 de archivo “Anexos.pdf”, de “08MMf1599”, carpeta C01Principal_Cerrado.

septiembre de 2017, enviado por Asopagos a Legal Safe, en el cual se adjuntaron seis archivos contentivos de un contrato y cinco anexos, cuyo asunto se tituló: “Versiones a revisar”²¹.

Sobre estos, precisó desde su escrito de demanda que en la primera de las aludidas comunicaciones electrónicas, se compartió “la última versión del contrato de colaboración empresarial”, y citó que en esa oportunidad se puso como consigna: “en el contrato queda pendiente determinar el porcentaje de participación [...]”; luego, acerca del segundo, refirió que “tales documentos incluían nimias modificaciones respecto de su versión original”, y que esta última versión únicamente difirió del e-mail que le precedió en la nominación del servicio a prestar “que mutó de Asistencia Básica Inicial UGPP a Asistencia Legal UGPP”.

En ese orden, si se diera por cierto que las dos versiones de correo no modificaban de manera sustancial los términos del contrato y que este se perfeccionó de forma consensual, en todo caso, aunque la Sala se ubicara en el último de estos con el ánimo de verificar la estipulación requerida como elemento esencial, lo cierto es que, de la cláusula novena del proyecto presentado del contrato de colaboración empresarial que reguló la participación, de forma textual se anotó:

“Las partes acuerdan que Asopagos tendrán el XX% de la utilidad y Legal Safe el XX% de la utilidad generada por los servicios objeto del presente Contrato. La utilidad y la forma de distribuirla serán determinada (sic) según lo definido en el Anexo No. 4 denominado Gestión Económica y Financiera”²².

Ahora, como este texto remite al Anexo No. 4, de su lectura se extrae que para esa data aún quedaban asuntos pendientes de negociar en relación a los gastos como los honorarios, gastos de personal, arrendamiento, entre otros²³.

En suma, aunque también se trajera como prueba documental el acta N.º 4 del “Comité Directivo de 25 de octubre de 2017”-sin suscribir-, este solo revela que para esa data aún no estaba acordado ni definido el porcentaje de participación entre las partes²⁴.

²¹ Folio 113 de archivo “Anexos.pdf”, *ibidem*.

²² Folio 173 de archivo “Anexos.pdf”, de “08MMf1599”, carpeta C01Principal_Cerrado.

²³ Folio 148 de archivo “Anexos.pdf”, de “08MMf1599”, *ibidem*.

²⁴ Folio 457 de archivo “Anexos.pdf”, de “08MMf1599”, *ib.*

De igual manera, así en el sustento fáctico de la demanda se expusiera que el señor Jorge Gutiérrez –entonces representante legal de Asopagos- hubiese confirmado “verbalmente que las participaciones serían de 45% para Legal Safe y del 55% Asopagos, lo cual fue aceptado por Legal Safe, también en forma verbal”, lo cierto es que esta exteriorización de voluntades de manera positiva por parte de ambas empresas negociantes no se evidenció.

Con todo, revisada la hoja de cálculo que obra en la carpeta del cuaderno principal con los archivos de “Modelo de Negocio”, en su pestaña “Bases”, logra evidenciarse los porcentajes en las proporciones alegadas por la apelante -45% vs 50%-; sin embargo, al frente de su casilla, se tiene una columna con la anotación “por validar”²⁵.

Y es que, aunque el representante legal de Legal Safe, Francisco Valdenebro, en su declaración dada en el interrogatorio de parte, acepte que existió la casilla “por validar”²⁶, y afirmara que “no quiere decir que no estuviera acordado, porque por un lado nunca fue rebatido, nunca fue cambiado, nunca fue propuesto de manera o forma distinta, porque eso fue un acuerdo verbal al que llegamos (...)”, lo cierto es que este tópico no fue comprobado más que por el dicho del señor Valdenebro contrapuesto a la declaración del representante legal de Asopagos, quien, de forma contraria, expuso que aun cuando era cierto que “se exploraron esos porcentajes”, aclaró que “nunca se llegó a un acuerdo sobre ellos”²⁷.

Además, cuando se le preguntó a este último, si era cierto que Asopagos y Legal Safe incluyeron en el modelo de negocio de 17 de julio de 2017, que las utilidades operacionales del acuerdo serían más de cincuenta y cinco mil millones, el interrogado contestó de forma negativa y agregó: “lo que se hizo ahí fue una exploración de unas posibles utilidades”²⁸.

Con lo dicho, para precisar que la sola declaración del señor Valdenebro acerca de un presunto “pacto verbal” en cuanto a la repartición de utilidades, no logra llevar a este cuerpo colegiado a esa conclusión ya que, cotejada su intervención con la manifestación

²⁵ Archivo “17 de julio de 2017 Oficial Asopagos IN16044 Modelo de Negocio Servicios Legales (...) formato excel de “06MMf528_SoportesContablesLegal”, de carpeta “C01Principal_Cerrado”.

²⁶ Minuto 23:40, audiencia de 22 de julio de 2021 Archivo “GrabaciónAudieica22-07-2021_2aParte.url” de “11Audiencia_22-07-2021” de Carpeta “C03Cont.Principal_Abierto”.

²⁷ Minuto 1:48:00, audiencia de 22 de julio de 2021 *ibidem*.

²⁸ Minuto 1:49:02, *ib.*

contraria de su opositor, sumado a lo consignado en la documental traída como prueba, no resta más que entender que su afirmación carece de fuerza demostrativa frente a los otros elementos de prueba que sugirieron lo contrario.

Visto así, resulta innecesario entrar a analizar si el resto de elementos esenciales del Contrato de Colaboración Empresarial se encontraban configurados pues con la ausencia de uno solo, llevaba al declive de la pretensión.

Con lo dicho hasta este momento, para significar que resultaba improcedente declarar la existencia de un contrato de colaboración por las razones que aquí se exponen y, por consiguiente, se torna inviable entrar a verificar los presupuestos de la responsabilidad civil contractual pues al fundarse la acción en un presunto incumplimiento de un contrato, resulta imperativo para el juzgador determinar previamente los elementos característicos a ese negocio jurídico que se alega como deshonorado.

Superado lo anterior, se pasa entonces a revisar si las pretensiones subsidiarias estaban llamadas al fracaso como lo concluyó la juzgadora de primer grado o, si por el contrario, tenían virtualidad de prosperidad.

Sobre la materia, esto es, una etapa precontractual que, según la demandante, adoleció de la buena fe de su contraparte, la Sala observa desde ya que la *a quo* se equivocó al señalar que los mismos argumentos que sirvieron para despachar de forma desfavorable las pretensiones principales, devenían para el infortunio de las secundarias, porque precisamente los perjuicios reclamados se invocaron por un actuar que la demandante reprochó de su contendora.

La jurisprudencia y la doctrina han sentado al unísono que todo daño generado durante una fase de actos preparatorios, o etapa precontractual dada con el ánimo de llegar a un determinado acuerdo, debe repararse de forma integral ante el rompimiento repentino de las tratativas negociales.

Así, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria civil, dejó visto que:

“todo daño generado durante las conversaciones planteadas en procura de un negocio determinado, cuya génesis, eventualmente, derive del rompimiento abrupto y sin causa justificativa de las mismas ó de la comisión de actos exentos de buena fe, debe ser reparado y de manera integral (Art. 16 Ley 446 de 1998). Tal acción reparadora comprenderá, por supuesto, los conceptos tradicionales que estructuran la indemnización de perjuicios, por ejemplo y según el caso, el daño emergente, el lucro cesante, la posible afectación moral etc., en el entendido, eso sí, que dicho resarcimiento no puede pretenderse bajo características idénticas a las que originarían la indemnización por el no cumplimiento de la prestación pretendida si el contrato promovido hubiese llegado a feliz término, habida cuenta que no es el interés positivo el que debe repararse sino el negativo o de confianza, en los precisos términos concebidos por la Corte. En este propósito, la indemnización pretendida tiende, esencialmente, a volver las cosas al momento en que se encontraban cuando la víctima decidió emprender las conversaciones truncadas y colocarlo en condiciones tales como si nunca hubiese acometido las mismas (*id quod contractum initum non fuisse*), amén de repararle las probables pérdidas o daños colaterales”²⁹.

Y el mismo Código de Comercio, en su canon 863, regula la actividad en la etapa preparatoria, al señalar que “[l]as partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

En línea con lo expuesto, dígase entonces que para estar ante una responsabilidad civil precontractual, deben acaecer, de forma concurrente, los presupuestos propios de la responsabilidad civil en general, como son: i) un hecho contrario a derecho, que en este campo es la transgresión del deber de buena fe, ii) la imputación que se le atribuye a uno de los participantes en los tratos preliminares, iii) el daño que se le causa al perjudicado y iv) el nexo causal, entre el perjuicio y el hecho dañoso³⁰.

Pues bien, de cara a los elementos que vienen de identificarse, lo primero a determinar en el caso bajo estudio, es si la conducta

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC10103-2014, de 5 de agosto de 2014. Rad. 11001 3103 036 2004 00037 01. MP Margarita Cabello Blanco.

³⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Teoría General del Negocio Mercantil. Decimotercera edición 2012. Editorial Legis Editores S.A., pág. 137.

desplegada por la demandada Asopagos debe ser calificada como de mala fe.

Sobre el tópico, advierte la Sala que el actuar antijurídico endilgado a la pasiva no se denotó toda vez que desde los inicios de las tratativas las partes revelaron su compromiso y una seriedad tal que las llevó a interactuar activamente e intentar plasmar por escrito bajo qué naturaleza de contrato podían llegar a prestar un servicio de asistencia legal.

Así, aunque la apelante refute que su contendora le permitió realizar “cuantiosas inversiones en el negocio acordado”, esto en nada se traduce en una contravención al deber de probidad y lealtad que rige para los negociantes pues ciertamente desde el inicio de los diálogos no se evidenció que existiera una propuesta sólida y de tal entidad capaz de obligar a las partes para una determinada ejecución, pues aunque desde el comienzo de las tratativas se exhibió una seria intención de prestar un servicio de asistencia básica para usuarios o afiliados de la UGPP, lo cierto es que los términos del eventual contrato a celebrar no fueron concretos ni definitivos pues, incluso, para el 17 de abril del año 2017, al suscribir el “Acuerdo de Confidencialidad”, los intervinientes de este reconocieron que aún estaban en las tratativas y conversaciones de estudio de la “posibilidad de implementar un servicio”, y expusieron su deseo de “ejecutar un piloto” precisamente para analizar la viabilidad del mismo.

Esto, conlleva a concluir, sin mayores elucubraciones, que cuando abrieron paso a sus actos preparatorios, para ambos empresarios era incierto no solo el éxito del negocio explorado, sino el mismo perfeccionamiento de un contrato dado el intercambio continuo de diversas versiones de un eventual y futuro pacto contractual, por ello, no queda más remedio que entender que la actora asumió por cuenta y riesgo propio la inversión a la que alude.

Ahora, el pretender trasladar a su opositora un presunto acto de mala fe con declaraciones testimoniales de empleados de Asopagos donde exteriorizaban su “percepción” de un negocio “inviable” y “exagerado”, a modo de ejemplo, la intervención de Diana Plata, quien, al pronunciarse sobre la “tasa de retorno” planteada en el modelo

de negocio, cuando se le indagó del porqué consideraba que era alto, refirió:

“[L]os negocios de Asopagos normalmente no tienen una rentabilidad de 400%, de hecho la tasa de descuento que se definió por parte de la subgerencia de administrativa y financiera de Asopagos para los modelos de negocios es 14% (...) aquí es mayor, pero es exageradamente mayor, por eso infiero que era demasiado alta (...)”³¹.

Y a su turno, Wilson Ordóñez relató que desde su perspectiva:

“La inviabilidad del negocio, si no mal recuerdo también dije que partir de mitad de año se estaba viendo que no generaba las expectativas esperadas con los clientes a los que se les estaba ofreciendo el producto (...)”³².

Lo cierto es que el mismo representante legal de la sociedad demandante expuso en el interrogatorio de parte que contaba con una “certeza de la capacidad técnica para ese montaje por las experiencias de Diego Conde, en su trabajo anterior, y la capacidad gerencial de mi empresa la cual tiene 35 años de constituida y ha sido reconocida nacional e internacionalmente por sus resultados (...) conjugando la capacidad personal gerencial mía con la experiencia técnica y comercial de Diego, a Asopagos le pareció que estábamos en la capacidad de hacerlo”³³.

Así que, si en cuenta se tiene, la exigencia también de un actuar por parte de la sociedad apelante con la “diligencia y cuidado de un buen hombre de negocios”, en cuyo escenario la misma actora resaltó su alta experiencia en el campo negocial, no le era dable aseverar que su opositor incurrió en una conducta reprochable y que la misma la inadvirtió pese a que desde su escrito primigenio de demanda acusó de conocer un fracaso de un plan piloto y que aun así continuaron con las tratativas para llegar a la celebración de un contrato de colaboración empresarial.

³¹ Minuto 1:51:34, audiencia de 19 de enero de 2022.

³² Minuto 1:42:12, audiencia de 27 de octubre de 2021.

³³ Minutos 14:32 a 15:64, audiencia de 22 de julio de 2021 Archivo “GrabaciónAudieica22-07-2021_2aParte.url” de “11Audiencia_22-07-2021” de Carpeta “C03Cont.Principal_Abierto”.

Luego, sus reparos frente a la conducta de su contraparte, no cuentan con el peso suficiente para llegar a concluir que la demandada faltó a su deber de honrar con seriedad la etapa precontractual, más si se tiene en cuenta que la recurrente reconoció haber recibido pagos y reembolsos “como parte de los costos compartidos del proyecto”.

Así las cosas, tampoco era procedente entrar a declarar la mala fe en una fase preparatoria, pues la actora no logró probarla con el fin de acceder a su pretensión indemnizatoria por los presuntos perjuicios ocasionados.

Con todo, aunque la censora también alegó que la juzgadora de primer grado “dejó de analizar los incumplimientos de Asopagos a la prueba piloto”, resta concluir que desde los orígenes de esta causa tal estudio se tornaba innecesario, porque la actora en ningún momento petitionó declarar la existencia de ese presunto acuerdo, amén de que si no se dieron los presupuestos de la oferta y aceptación y mucho menos de un contrato consolidado, resultaba inocuo entrar a verificar la aludida infracción.

Puestas así las cosas y en congruencia con los argumentos expuestos, la sentencia de primera instancia se confirmará, con la consecuente condena en costas a la demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia de 30 de junio de 2022 proferida por el Juzgado 27 Civil del Circuito de esta ciudad, conforme a lo dicho.

Segundo. Costas en esta instancia a cargo de Legal Safe S.A.S., en favor de la demandada Asopagos S.A., (artículo 365 del CGP). Líquidense por el *a quo* conforme al artículo 366, *ídem*.

El Magistrado ponente fija como agencias en derecho la suma de 6 smlmv.

Tercero. Por secretaría, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ivan Dario Zuluaga Cardona
Magistrado
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Stella Maria Ayazo Perneth
Magistrada
Sala 04 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **292459aab1cbf4916d2fc08d7e974e51fdc001643db2c861167066f4dddbe3**

Documento generado en 24/07/2023 10:06:39 AM

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