

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA

Barranquilla, Marzo Nueve (09) de Dos Mil Veintidós (2022).-

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Verbal iniciado por el señor GERMAN ALBERTO LIBONATI PIMIENTA, contra la sociedad FASALUD IPS S.A.S. representada legalmente por el señor JESUS MARIA TORRES LOGREIRA.-

A N T E C E D E N T E S

El señor GERMAN ALBERTO LIBONATI PIMIENTA, presentó demanda Verbal contra la sociedad FASALUD IPS S.A.S. representada legalmente por el señor JESUS MARIA TORRES LOGREIRA, con el fin que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

- 1.- Que se declare civilmente responsable a FASALUD IPS S.A.S. por los daños materiales ocasionados por los demandados como consecuencia del incumplimiento contractual doloso.-
- 2.- Que se condene a la demandada a pagar al demandante los valores correspondientes a los perjuicios relacionados a continuación, los cuales están estimados, bajo la gravedad del juramento en la suma de \$173.160.651, correspondientes a las sumas determinadas en los hechos 2.2.4 y 2.2.7 de la presente demanda.-
- 3.- Que se condene a la demandada a pagar al demandante los valores correspondientes a los perjuicios que se lleguen a determinar con ocasión de los resultados que se obtengan de la inspección judicial, técnica y contable que se solicitará como prueba o que se llegue a determinar con ocasión de la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación.-
- 4.- Que se condene en costas a la demandada.-

Lo anterior, con base en los hechos que aquí se sintetizan:

- 1.- El 12 de junio de 2014, el señor JESUS MARIA TORRES LOGREIRA, en calidad de representante legal de la sociedad FASALUD IPS S.A.S. y los señores GERMAN ALBERTO LIBONATI PIMIENTA, FERNANDO HUMBERTO MORALES PEÑA, LUIS CARLOS BULA ARANGO y MARCELO GIORGI GONZALEZ, suscribieron un contrato de Cuentas en Participación de conformidad con lo

CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN: 08-001-31-003-005-2017-00338-01.-
RADICACIÓN INTERNA: 43.401.-

establecido en el artículo 507 y s.s. del Código de Comercio y el objeto del mismo, era el desarrollo y la explotación de las operaciones mercantiles de la empresa, las cuales estaban relacionadas con la prestación de servicios de salud mental en la modalidad de consulta externa, hospitalización y clínica diurna y nocturna, contrato en el cual la sociedad FASALUD IPS S.A.S. regentaba la calidad de Gestor y/o Asociado Gestor y el demandante al igual que los otros suscriptores la de Partícipes.-

2.- En su calidad de partícipe el demandante hizo un aporte de \$75.000.000, que lo posicionaba con un porcentaje de participación sobre las utilidades o pérdidas de acuerdo a la facturación del 30%, las cuales debían ser repartidas cada sesenta días de conformidad con la cláusula sexta del contrato, situación que nunca se materializó desde la firma del contrato y hasta la fecha de presentación de la demanda, por lo que resulta clara la defraudación de la confianza el demandante por parte de la sociedad demandada al igual que el detrimento que ha sufrido su patrimonio.-

3.- Que no tiene forma de determinar las ganancias que le podría generar su porcentaje de participación por no tener acceso a esa información relacionada con la facturación, por lo que es necesario actualizar o traer a valor presente la suma entregada por el demandante como aporte para evitar que el perjuicio sufrido sea mayor por el solo evento de la devaluación de la moneda.-

4.- En obediencia a sus obligaciones contractuales y adicionalmente al aporte económico hecho como partícipe, el demandante financió la operación de FASALUD IPS S.A.S desde el 1° de octubre hasta el 31 de diciembre de 2014, de conformidad con la cláusula octava del contrato, desembolsando la suma de \$63.175.398, sobre los cuales se reconocería un interés del 2% mensual y cuyo valor definitivo fue actualizado y reconocido en documento suscrito el 21 de febrero de 2017 por FASALUD IPS S.A.S., por un total de \$84.817.101.-

5.- De los hechos anteriormente descritos se puede concluir de manera clara que el patrimonio del demandante se ha visto seriamente afectado por el incumplimiento doloso de las obligaciones contractuales a cargo de la sociedad demandada ya que la falta de información y pago de aquellas solo reflejan una intención clara de incumplir.-

La demanda fue inicialmente inadmitida mediante auto de fecha 21 de junio de 2017, la cual fue subsanada dentro del término legal para ello, por lo que fue admitida a través de proveído de fecha 5 de julio de 2017, el cual ordenó dar traslado a la parte demandada.-

CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN: 08-001-31-003-005-2017-00338-01.-
RADICACIÓN INTERNA: 43.401.-

El día 16 de agosto de 2017, se notifica personalmente a la parte demandada, a través de apoderado judicial, dentro del término legal contestó la demanda, presentó excepciones de mérito de Falta de Legitimación en la causa por pasiva de FASALUD IPS S.A.S., Inexistencia de la obligación a falta de documentos, Cobro de lo no debido y se opone a las pretensiones de la parte actora.-

Así mismo, presentó excepciones previas de Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación y la de compromiso o cláusula compromisoria.-

Por auto del 15 de noviembre de 2017, la Juez A-quo declara la ilegalidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, por no haberse allegado el requisito de procedibilidad de haber tramitado la conciliación extrajudicial y en su lugar procedió a su rechazo, decisión que fue revocada por auto del 22 de enero de 2018 y se declararon no probadas las excepciones previas presentadas.-

Contra la anterior decisión la parte demandada interpone recurso de reposición y en subsidio apelación, recursos que fueron resueltos en marzo 1° de 2018, manteniendo su decisión y concediendo el recurso de apelación subsidiario, el cual fue declarado desierto en auto del 28 de noviembre de 2018, dándole traslado a la parte demandante de las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.-

El 29 de abril de 2019, se lleva a cabo la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P, donde se lleva a cabo las etapas de conciliación, saneamiento, interrogatorio de parte, fijación del litigio, decreto de pruebas donde se ordena tener como pruebas las documentales y se ordena oficiar al señor ISMAEL CABALLERO, y como se encuentra pendiente una prueba pericial, se ordena hacer un receso para continuarla el 14 de junio de 2019.-

Por auto del 17 de julio de 2019, se decretan pruebas de oficio; el Perito JOSE PABLO INSIGNARES BOLIVAR, presenta dictamen pericial; el 8 de octubre de 2020, se lleva a cabo la audiencia de que trata el artículo 373 del C.G.P. en la cual se escucha la exposición del Perito y se ordenó requerir a la Fiscalía 50 Seccional Patrimonio Económico, para que remita todas las actuaciones surtidas dentro del proceso 08800160012572017-01482.-

El 10 de diciembre de 2020, se continúa con la audiencia, dentro de la cual se profirió sentencia, declarando solamente responsable al demandado FASALUD IPS con respecto al contrato de mutuo y consecuencia le ordena cancelar al demandado la suma de \$63.175.398, por concepto de capital y por concepto de intereses remuneratorios, la suma de \$21.641.703, más los intereses moratorios desde el 5 de julio de 2017, fecha en la que se hizo la notificación

CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN: 08-001-31-003-005-2017-00338-01.-
RADICACIÓN INTERNA: 43.401.-

de la presente demanda y se condenó en costas a la parte vencida, decisión contra la cual las partes interpusieron recurso de apelación.-

FUNDAMENTOS DEL A-QUO

Señala la Juez A-quo que se pronunciará respecto del contrato de cuentas en participación y el contrato de mutuo.-

Manifiesta que se encuentra demostrado el contrato de cuentas en participación y para acceder a lo solicitado, el demandante debe demostrar que hubo utilidades y no existe prueba de cuáles fueron las utilidades para el reparto, por lo que no accede a las pretensiones en relación con dicho contrato.-

Que se encuentra demostrada la existencia del contrato de mutuo, por las pruebas que aparecen a folios 8 y 9 del expediente, el cual da cuenta de ese préstamo, por lo que considera que hubo incumplimiento contractual del contrato por un valor de \$63.175.398, condenando a la sociedad demandada al pago de ese contrato, con sus respectivos intereses.-

FUNDAMENTOS DEL RECURRENTE

PARTE DEMANDANTE: Alega que debe declararse el incumplimiento de la parte demandada, al estar demostrado que no le fue entregada suma alguna de dinero al demandante, por concepto de participación, así mismo, que dejó de cumplir con la entrega de la documentación relacionada con dicha cláusula y manifestó no recordar desde que fecha incurrió en dicho comportamiento, lo que materializa el incumplimiento que le fue enrostrado en el hecho 2.2.5 de la demanda.-

Con relación al hecho de no haber probado la utilidad ello no era un obstáculo para declarar el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y en consecuencia ordenar a título de condena, el reintegro de los \$75.000.000 que hiciera el demandante, para tener una participación del 30% de las utilidades de FASALUD IPS S.A.S.-

PARTE DEMANDADA: Presenta los siguientes reparos:

1.- La sentencia reconoce la ausencia de las utilidades, sin embargo, desconoce que, ante el evidente fracaso del negocio surgió a la par la imposibilidad de cumplir eventuales obligaciones derivadas del mismo, desconociendo así la naturaleza del contrato de cuentas en participación en el que no solo debían distribuirse las utilidades sino las pérdidas bajo la proporción convenida.-

CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN: 08-001-31-003-005-2017-00338-01.-
RADICACIÓN INTERNA: 43.401.-

2.- El juzgado dejó de lado las excepciones que ha debido reconocer de oficio. En efecto ignoró la inexistencia de la obligación – contrato de mutuo – y la ausencia de incumplimiento de las obligaciones derivadas de este supuesto contrato por no ser exigible, y reconoció montos por concepto de intereses desde una fecha no comprendida en el contrato.-

3.- La sentencia desconoció otras sumas pagadas al demandante. En efecto, perdió de vista la declaración realizada por el abogado de confianza del señor ISMAEL DE JESUS CABALLERO TRILLOS, por la suma de \$56.000.000 y otros cheques pagados al mismo.-

4.- No se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 206 del C.G.P. por la tasación indebida y exagerada de perjuicios.-

5.- La sentencia no reconoció la diligencia con la que actuó mi representado en el desarrollo de la relación negocial.-

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que ambas partes apelaron la sentencia, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 328 del C.G.P.-

Es del caso traer a colación en primer término el principio de la congruencia al momento de proferirse sentencia, contenido en los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 281, del C.G.P. que señala:

"Art. 281.- La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas se así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.".-

En el caso que nos ocupa, las pretensiones de la demanda se concretaron así:

1.- Que se declare civilmente responsable a FASALUD IPS S.A.S. por los daños materiales ocasionados por los demandados como consecuencia del incumplimiento contractual doloso.-

2.- Que se condene a la demandada a pagar al demandante los valores correspondientes a los perjuicios relacionados a continuación, los cuales están estimados, bajo la gravedad del juramento en la suma de \$173.160.651, correspondientes a las sumas determinadas en los hechos 2.2.4 y 2.2.7 de la presente demanda.-

CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN: 08-001-31-003-005-2017-00338-01.-
RADICACIÓN INTERNA: 43.401.-

3.- Que se condene a la demandada a pagar al demandante los valores correspondientes a los perjuicios que se lleguen a determinar con ocasión de los resultados que se obtengan de la inspección judicial, técnica y contable que se solicitará como prueba o que se llegue a determinar con ocasión de la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación.-

El artículo 507 del Código de Comercio, define el contrato de las cuentas en participación, así:

"La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.".-

En el caso que nos ocupa, es un hecho pacífico la existencia del contrato de las cuentas en participación, celebrado entre JESUS MARIA TORRES LOGREIRA, en calidad de representante legal de FASALUD LTDA IPS C.A.D., en calidad de ASOCIADO GESTOR y por la otra como PARTICIPES entre otros el señor GERMAN ALBERTO LIBONATI PIMIENTA, con un aporte de \$75.000.000, que corresponden a un 30% de porcentaje de participación.-

El demandante pretende que se declare que la demandada incumplió el contrato en mención, ante la falta de reparto sobre las utilidades y al respecto, le correspondía al demandante demostrar que efectivamente existieron o existen utilidades por repartir.-

En la cláusula primera de dicho contrato, se estableció:

"La presente asociación tiene por objeto desarrollar y explotar las operaciones mercantiles relacionadas con la capacidad para desarrollar actividades de prestación de servicios de salud mental y pacientes adictos a sustancias psicoactivas."

Con lo anterior, queda demostrado que el objeto del contrato de las cuentas en participación, hacía relación con la prestación de servicios de salud mental y pacientes adictos a sustancias psicoactivas, el cual fue prestado a la entidad SALUDCOOP.-

Del anexo aportado por el Perito designado dentro de este proceso, JOSE IGNACIO INSIGNARES BOLIVAR, de fecha 27 de agosto de 2019, expedido por SALUDCOOP EPS en liquidación, se desprende que FASALUD se hizo parte dentro del proceso liquidatorio adelantado por esa Entidad, presentando acreencia oportuna, radicada bajo el número 20733 por concepto de Cuentas por servicios de salud, siendo reconocida mediante Resolución 1960 del 6 de marzo de 2017 y 1974 del mismo año, por la suma de SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SIETE MIL NOVECIENTOS DOS PESOS CON

CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN: 08-001-31-003-005-2017-00338-01.-
RADICACIÓN INTERNA: 43.401.-

SESENTA CENTAVOS (\$779.707.902.60) realizando los siguientes pagos: por concepto de acreencias \$163.348.979.39 y de pago de gastos de administrativos \$79.998.920.-

De lo anterior, se desprende que la sociedad demandada, tiene pendiente de pago por parte de SALUDCOOP en liquidación, la suma de \$779.707.902.60, suma que se encuentra debidamente reconocida, pero para efectos de su recaudo, el mismo está supeditado a lo acordado en el proceso liquidatorio, no pudiendo por ende endilgarle "incumplimiento contractual doloso" a la sociedad demandada, ya que la situación presentada con la entidad a la cual se le prestó el servicio, no es su responsabilidad, por el contrario, estuvo atenta para intervenir dentro del proceso liquidatorio, dentro del cual fueron reconocidas las acreencias a su favor, estando a la espera del pago de las mismas.-

Por tanto, a la fecha de la sentencia impugnada, no existe obligación de la sociedad demandada de rendir cuentas, sólo una vez canceladas las acreencias reconocidas a favor de la sociedad demandada, por parte de SALUDCOOP, sí nace la obligación a la sociedad demandada a presentar las cuentas correspondientes y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la participación convenida, debiendo por ende declarar que no existe el incumplimiento alegado por la parte demandante.-

Señala el impugnante (parte demandante), que con relación al hecho de no haber probado la utilidad ello no era un obstáculo para declarar el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y en consecuencia ordenar a título de condena, el reintegro de los \$75.000.000 que hiciera el demandante, para tener una participación del 30% de las utilidades de FASALUD IPS S.A.S., lo cual no va en concordancia con lo pactado en el contrato de marras, por cuanto, la demandada, no está obligada a "reintegrar" la suma de \$75.000.000 que hizo como aporte, a lo que está obligada, es a reconocerle las UTILIDADES, que se produjeran en su actividad, es de recordar, que el porcentaje de participación del demandante, es el 30% de las utilidades o pérdidas, por lo que al no estar demostrado que la demandada debe repartir suma de dinero por concepto de utilidad, no hay lugar a acceder a dicha pretensión.-

Así, mismo, el demandante pretende que ante el incumplimiento del contrato, se le condene a la demandada a pagar al demandante los valores correspondientes a los perjuicios relacionados a continuación, los cuales están estimados, bajo la gravedad del juramento en la suma de \$173.160.651, correspondientes a las sumas determinadas en los hechos 2.2.4 y 2.2.7 de la presente demanda.-

En el hecho 2.2.4 hace relación al reparto de las utilidades y el hecho 2.2.7. hace relación al reconocimiento de la existencia de una obligación por parte de

CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN: 08-001-31-003-005-2017-00338-01.-
RADICACIÓN INTERNA: 43.401.-

la demandada y a favor del demandante, por concepto de un préstamo por valor de \$63.175.398, con un interés mensual al 2%, por valor de \$1.263.507, desde el 1° de enero de 2015 hasta el 1° de junio de 2017, que equivalen a 29 meses de intereses, por valor de \$36.641.703, para un subtotal de capital más intereses a junio 1° de 2017, la suma de \$99.817.101, a lo cual se les deduce la suma de \$15.000.000 por concepto de abonos realizados en mayo y julio de 2016, para un total adeudado de \$84.000.817.101.-

Teniendo en cuenta el principio de la congruencia que debe guardar toda sentencia, al no haber lugar a declarar civilmente responsable a FASALUD IPS S.A.S. por los daños ocasionados al demandante como consecuencia del incumplimiento contractual doloso, no procede que se condene a la demandada a pagar al demandante valor alguno correspondiente a los perjuicios relacionados, ya que al no existir el incumplimiento alegado, no nace obligación alguna de resarcir perjuicios, recuérdese que el artículo 1613 del C.C. dispone:

"Art.1613.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente."-

Por lo que para la imposición de una condena por perjuicios, presupone como primer requisito indispensable que se presentó el incumplimiento de una obligación, o haberse incumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento.-

Tal y como se encuentran claramente determinadas las pretensiones de la demanda, de las mismas, no se desprende que se esté solicitando la declaración de incumplimiento de un contrato de mutuo, lo pretendido, con esta demanda, es la declaración de incumplimiento de la sociedad demandada del contrato en participación celebrado entre las partes, y como consecuencia de ese incumplimiento, se le condene a pagar los perjuicios que dicho incumplimiento, le ocasionó al demandante, y se itera, al estar demostrado que no existe incumplimiento por parte de la sociedad demandada, no procede reconocer suma alguna por concepto de perjuicios, por lo que se revocará la sentencia impugnada y en su lugar se dispone absolver a la parte demandada de las pretensiones de la demanda.-

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Cuarta de Decisión Civil – Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN: 08-001-31-003-005-2017-00338-01.-
RADICACIÓN INTERNA: 43.401.-

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha diciembre 10 de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, y en su lugar se dispone:

1.- ABSOLVER a la parte demandada, de las pretensiones de la demanda.-

2.- CONDENAR en costas a la parte demandante.-

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Inclúyase la suma de UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, como Agencias en Derecho. Désele aplicación al artículo 366 del C.G.P.-

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, no existiendo expediente físico que devolver al Juez A- quo, por la Secretaría de esta Sala, remítase un ejemplar de la presente providencia al correo electrónico del Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, y póngase a disposición lo actuado por esta Corporación.-

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

CARMIÑA GONZÁLEZ ORTIZ

ANA ESTHER SULBARAN MARTINEZ

SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Firmado Por:

**Carmiña Elena Gonzalez Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 6 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico**

**Sonia Esther Rodriguez Noriega
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 7 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico**

Ana Esther Sulbaran Martinez

CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN: 08-001-31-003-005-2017-00338-01.-
RADICACIÓN INTERNA: 43.401.-

**Magistrada
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico**

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:

**348a62183ea92a4dee66b3fc3d3014e2c148b2a3b6a6268785fbfe87
c38bdbda**

Documento generado en 09/03/2022 02:55:14 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>