

Barranquilla, diciembre de 2020.

Respetados

JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA.  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA -  
SALA CIVIL.  
E.S.D.

REFERENCIA: REPAROS EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE  
FECHA 10 DE DICIEMBRE DE 2020.

DEMANDANTE: GERMÁN LIBONATTI PIMIENTA.

DEMANDADO: FASALUD IPS S.A.S.

RADICADO: 2017 - 00338.

OSNAIDER MAYA VILLAZÓN, abogado en ejercicio e identificado con la cédula de ciudadanía número 1.124.036.717 de Maicao (La Guajira) y Tarjeta Profesional número 283.561 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial de la parte demandada sociedad FASALUD IPS S.A.S., persona jurídica de derecho privado, con NIT 802.015.154-0, representada legalmente por el señor JESÚS MARÍA TORRES LOGREIRA, *mediante el presente escrito, me permito ampliar los reparos en contra de la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2020*, así:

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 las 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.**

Al respecto, bueno es recordar, aunque sea de manera breve que, de conformidad con el artículo 507 del Código de Comercio la participación es un contrato por el cual dos o mas personas que tienen la calidad de comerciantes toman intereses 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.**

De lo anterior, se tiene que, el contrato de cuentas en participación es un acuerdo de colaboración, conformado por un partícipe gestor quien ante terceros figura como dueño del negocio y respuesta ante estos de manera exclusiva. Así pues, los restantes partícipes llamados inactivos, permanecen ocultos a menos que, hayan decidido relvase de esta calidad de partícipe, caso en el que, en atención al artículo 511 del estatuto mercantil pasaran a responder solidariamente con el socio gestor ante terceros.

Pues bien, revisado el contrato de cuentas en participación, tenemos que en la cláusula sexta del mismo se estableció que “las utilidades que resulten del ejercicio de la asociación se distribuirán teniendo en cuenta la facturación que realice FASALUD LTDA IPS C.A.D, liquidando de acuerdo” a unos determinados porcentajes. Así también, se expresó que, **en caso de pérdidas se repartieran entre los asociados en proporción a los aportes que hicieron para el fondo común**, estas utilidades se repartirán cada sesenta (60) días, con la constancia de recibo o con la firma del acta donde conste o enuncie el numero de la cuenta a consignar”.

De lo anterior se tiene que, las utilidades debían ser repartidas a los partícipes en cuantía determinada, como también las pérdidas, en virtud del artículo 507 ib., de ahí que, deba ser desechada la pretensión leonina del actor al pedir utilidades

desconociendo la realidad o el desarrollo del negocio.

Nótese en particular que, existe una relación de “facturas por cobrar radicadas” por un monto de \$444.998.740, así también, informe de estado de resultados fiscal de fecha 08/02/2019 en el que se relacionan la suma mencionada por cuentas por cobrar radicadas, como ventas netas, y a continuación se detallan algunos rubros que luego se deducen del monto inmediatamente citado, estos son, costos de prestación de servicios por la suma de \$ 127.946.932, gastos operacionales por valor de \$74.730.100, y otros egresos por la suma de \$ 50.037.733.

Así también, obra respuesta a derecho de petición de fecha 27 de agosto de 2019, la cual da cuenta del proceso de liquidación en el que se encuentra SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANIMOS COOPERATIVO EN LIQUIDACION (Deudora de las obligaciones contenidas en las facturas), la cual hace referencia a que se han realizado unos pagos por el monto de \$163.348.879,39, suma que no supera siquiera los gastos operacionales, costos de prestación de servicios y los otros egresos.

Aunado a lo anterior, en el contrato de cuentas en participación se detalló que, el asociado gestor podía utilizar mensualmente la suma de \$ 2.500.000 para sus gastos, suma que no podía ser deducida de sus utilidades.

Todo lo anterior, puede resumirse en una simple operación aritmética, así:

PAGOS REALIZADOS POR SALUDCOOP	\$163.348.879,39
- (MENOS)	
COSTOS DE PRESTACION DE SERVICIOS	\$ 127.946.932
GASTOS OPERACIONALES	\$74.730.100
OTROS EGRESOS	\$ 50.037.733.
	<hr/>
	<b>\$ - 89.365.886</b>

Lo anterior sin contar con las deducciones por valor de \$ 2.500.000 autorizadas por los partícipes como gastos para el asociado gestor, que, teniendo en cuenta la fecha de suscripción del contrato - 12 de junio de 2014- a la fecha de la presentación de la demanda - 15 de junio de 2017, ascendían a la suma de **\$ 90.000.000**, es decir, un total de **- 179.365.886** en pérdidas.

**Así las cosas, tenemos, que el 30% de participación del demandante al interior del contrato por cuentas de participación, lo hace acreedor de igual valor por pagar en pérdidas, lo que equivale a la suma de \$ 53.809.766**, de tal manera, que sobre la suma reconocida, si llegase a existir, se debe obligatoriamente descontar el valor aducido. Lo precedido, no es petición grosera ni caprichosa, pues el mismo contrato estableció que se deben pagar en igual proporción de participación las pérdidas, y bajo ninguna circunstancia, se puede obligar a mi cliente a asumir todas las pérdidas del negocio, mientras que si hubiesen utilidades, si debían ser repartidas.

**Por lo anterior, no habría lugar al reconocimiento de aportes en favor del señor GERMÁN LIBBONATTI, por la suma de SESENTA Y TRES MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M.L (\$63.175.398).**

Otro aspecto importante, y en el que claramente se denota la mala fe con la que ha procedido el demandante, es que, el contrato en litigio tiene como fecha de duración de quince (15) años, sin embargo, en el año 2017, prematuramente, el

demandante procedió a reclamar sumas que aún no podían ser departidas entre los partícipes, por el simple hecho de ser inexistentes.

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.

Para dilucidar el reparo enunciado, es necesario hacer algunas precisiones en torno a la institución de la mora, esta entendida como **el retardó injustificado y necesariamente culposo en el cumplimiento de la prestación contractual**, se presenta en el mundo contractual dependiendo del tipo de obligación, ya sean obligaciones puras y simples, obligaciones sometidas a término o plazo y obligaciones sometidas a condición o condicionales.

Por ampliar lo anterior, la mora en definitiva indirectamente pasa a depender de la voluntad de las partes, porque es la voluntad de las partes la que introduce dentro del negocio jurídico estos elementos accidentales que son el término y la condición.

Así pues, para determinar si existe retardo o cumplimiento de la obligación tales premisas deben verificarse bajo tres escenarios a saber: **(i) tener claro el momento en el que nace la obligación, (ii) El momento en el que esa obligación se vuelve exigible (iii) y solo posteriormente sabré cuando se verifica la mora.**

Recordemos que, la cláusula octava del contrato expresa que *“el señor GERMAN LIBONATI PIMIENTA cubrirá los gastos de funcionamiento del CAD mensualmente. **Esto lo realizará a modo de préstamo durante tres (3) meses, a partir del 1° de enero de 2015 si no ha ingresado dineros a la unidad del negocio, FASALUD LTDA IPS CAD. Cada aportante cubrirá los gastos de funcionamiento de acuerdo con su porcentaje de participación**”.*

**De este clausulado, no se puede ni siquiera inferir la persona encargada del cumplimiento de la obligación; no se expresó el monto de esta, ni mucho menos se estableció la fecha en la que debía satisfacerse la prestación, es decir, en el contrato no consta la fecha en que la obligación se hace exigible, lo que impide bajo la línea de verificación mencionada, se produzca la mora.**

Sobre el particular, el artículo 2221 del código civil señala que, el mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

Quiere decir lo anterior que, para que exista mutuo debe existir primero una entrega de cierta cosa fungible, y la obligación del deudor de restituirlas del mismo género y calidad.

Sin embargo, la fecha de cumplimiento de la obligación debe ser determinada, es decir, debe existir un plazo, este entendido en el **artículo 1551** como la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Y que **“no podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designe, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”**.

**Respetado Tribunal**, pese a todo, la sentencia cuestionada resulta ajena a la relación fáctica del proceso, pues hace referencia al incumplimiento de un contrato de mutuo, del que no se puede establecer siquiera en cabeza de quien estaban las obligaciones

propias de este tiempo de contratos, como, su exigibilidad o condición, para luego, determinar la existencia de la mora.

Por lo antes visto, no resulta valedero predicar incumplimiento de un contrato por parte del Juez, sin un respaldo probatorio.

Ahora bien, si lo que se pretendió fue probar la existencia del mutuo a partir de documentos distintos al contrato de cuentas en participación tenemos que con la demanda se acompañó *“resumen de los préstamos realizados por el Sr. GERMAN LIBONATI A FASALUD CAS AGENCIA BARRANQUILLA, a partir del mes de octubre de 2014”*.

Es de poner en conocimiento del Honorable Tribunal, que ese documento, no se encuentra suscrito por mi representada, pero si se aprecia así sea de paso, no tiene la virtualidad de probar la existencia de un contrato de mutuo, pues en este mismo se escribió lo siguiente: se clara que *“Sr. German Libonati los dineros que usted prestó fue para un negocio, el cual ingresó como capitalista aportando a cuentas en participación para la facturación de la Agencia CAD Barranquilla”*, no llenándose con esta información los requisitos establecidos en el artículo 2221 ib. para declarar la existencia de un contrato de mutuo, y observándose que, tales dineros hacían parte de una inversión por el contrato celebrado.

A mayor abundamiento, el documento en cuestión no ha debido ser valorado en el proceso, pues no existe certeza sobre la persona que lo elaboró o firmó, ello en tención al artículo 244 del Código General del Proceso que expresa que, **es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.**

En ese sentido, si en gracia de discusión se aceptare y solo así, que las sumas cuestionadas no corren la misma suerte de las utilidades ante la ausencia de pago de SALUDCOOP en liquidación a mi representada, y se reconociere la existencia de la convención, *FASALUD IPS solo podrá ser condena al pago de intereses una vez ejecutoriada la sentencia de primera instancia, pues solo hasta ahora esta fue interpelada para el pago de las sumas citadas.*

- 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.**

Para la exposición de este reparo, es necesario apuntar, en primer lugar, que los artículos 1626 y ss. Del Código Civil reglamentan detalladamente el pago, definiéndolo como, “la prestación de lo que debe”. La solución o pago como modo de extinguir las obligaciones, puede ser total o parcial. Cuando el pago es parcial, la obligación queda extinguida respecto a la prestación cubierta con el pago parcial, pero subsiste por el saldo insoluto. Ahora bien, cuando el pago es total, la deuda comprende los intereses e indemnizaciones que se deban.

**En este punto, vale recordar que, el 26 de noviembre de 2018 compareció el señor ISMAEL DE JESUS CABALLERO TRILLOS ante el Notario 11 de Barranquilla, y declaró que “ratifico que a través de poder especial que me confirió y entregó el señor GERMAN LIBONATI PIMIENIA identificado con la cedula de ciudadanía No. 8.649.891 de Barranquilla, con autenticación de su firma y fechado el 21 de agosto de 2018 en la Notaria Séptima del Circulo de Barranquilla, poder mediante el cual me facultó para conciliar y recibir del señor JESUS TORRES LOGREIRA la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS \$ 30.000.000”, y que “recibió esta suma el día 10 de septiembre de 2018”.**

En esta declaración se dijo que, el dinero se recibió de la siguiente manera cheque No. 44008800 del BANCO BBVA por valor de \$29.000.000 M/L cheque que hice efectivo en el banco BBVA y un millón de pesos (\$1.000.000) en efectivo, dicha suma se la entregué personalmente al señor GERMAN LINONATI PIMIENTA.

Tal declaración fue ratificada el día 18 de febrero de 2019 mediante entrevista ante la policita judicial, en la Fiscalía 50 Seccional – Unidad de Patrimonio Económico de Barranquilla, en la cual se hizo alusión al poder y a los detalles sobre el negocio.

Aunado a ello, existe un cheque por valor de \$20.000.000 de pesos, del Banco BBVA, con su debido comprobante de egreso de fecha 26 de noviembre de 2018, a nombre del Abogado de confianza del demandante, señor ISMAEL CABALLERO.

Asi mismo, un pago por valor de 6 millones de pesos, a través de cheque del BANCO BBVA, de fecha 18 de febrero de 2019, a nombre del Abogado de confianza del demandante, señor ISMAEL CABALLERO, quien también recibió dicho dinero. En total, se entregaron \$56.000.000.

Cabe anotar que, estos documentos no fueron desconocidos por el demandante, en la oportunidad legal, ni siquiera tachó su contenido a la sazón del artículo 272 del Código General del Proceso que expresa que “en la oportunidad para formular la tacha de falsedad la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. **La misma regla se aplicará a los documentos positivos y representativos emanados de terceros**”.

**Por lo anterior, al no ser desconocidos por el demandante compelen plena prueba del pago parcial de la obligación, por lo que debieron tenerse en cuenta al emitir la sentencia, y estudiar la excepción de cobro de lo no debido.**

Bajo esa tesis, la Juez de primer grado olvidó darle aplicación a lo dispuesto en el artículo 282 del Código General del Proceso al disponer que 282 “en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”, por lo que en segunda instancia, dicha percepción legal, debe tenerse en cuenta.

**4. No se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, por la tasación indebida y exagerada de perjuicios.**

En efecto, señala el artículo 206 del Código General del Proceso que, si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

Así también, prevé el artículo parágrafo de este articulado que “también habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”.

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

Es preciso indicar que, en el presente caso, nos encontramos ante un régimen subjetivo de responsabilidad civil, fundando en el artículo 1604 del Código Civil,

por lo que, está en cabeza del demandante probar la existencia de un daño, un incumplimiento por parte de la demandada y un nexo de causalidad entre este y aquel, sin perjuicio de la naturaleza de las obligaciones contenidas en el contrato (de medio o de resultado).

En esa línea, si estudiamos el contrato de cuentas en participación, no existe claridad sobre las obligaciones en cabeza del asociado gestor, pues en este, solo se habló acerca del objeto del contrato, y en cuanto a las utilidades y “en caso de pérdidas se repartirán entre los asociados en proporción a los aportes que hicieron para el fondo común” estas utilidades se repartirán cada sesenta (60) días, con la constancia de recibo o con la firma del acta en donde conste o se enuncie el número de la cuenta bancaria a consignar”. Sin embargo, el señor JESÚS TORRES LOGREIGA según la cláusula décima segunda del contrato solo se obligó a **“poner su conocimiento, capacidad, conexiones comerciales y crédito personal”**.

Así también, se expresó en el párrafo segundo de esa cláusula que, “el grupo de participantes en el presente contrato, cuando no tengan administración del mismo, el negocio en si pagara un auditor gestor y la misma situación se desarrollará si el asociado gestor deja la administración y la toman los asociados participantes, tendrá este igual derecho a nombrar una auditoría para vigilar el desarrollo del negocio”.

Quiere decir lo anterior que, no existe una prestación clara y expresa a cargo de mi representada y en favor de la parte demandante, de la cual pueda reputarse el incumplimiento demandado, en tanto que, como se dijo en el párrafo segundo de la cláusula decimosegunda del contrato, los partícipes tienen la oportunidad de ejercer vigilancia y control sobre el negocio, hasta el punto de nombrar un auditor gestor.

Por otro lado, el expediente da cuenta del proceso de liquidación en el que se encuentra la empresa promotora SALUDCOOP EPS, y hace referencia, entre tanto a que:

- Mediante resolución 1945 del 22 de diciembre de 2016, por la cual se procedió a realizar una nueva calificación de las acreencias presentadas de manera oportuna, por concepto de prestaciones económicas.
- Se le reiteró que la resolución 1960 del 06 de marzo de 2017, graduó y calificó las reclamaciones presentadas de manera oportuna por concepto de: deudas laborales, deudas reconocidas a las instituciones reconocidas a las instituciones prestadores de servicios de salud (...) en el que realizando el estudio de una acreencia reclamada por la FASALUD LTDA IPS, se encontró que esta fue reconocida.
- Según da cuenta este documento, mi presentada presentó recurso de reposición el cual fue resuelto por la resolución 1974 del 14 de julio de 2017 en donde se decidió, acceder parcialmente a las pretensiones incoadas en el recurso de reposición, reconociéndose un total de acreencias superior al inicialmente reconocido.
- Finalmente, SALUDCOOP ha expresado que **“se encuentra realizando todos los trámites para efectuar la totalidad del pago de los valores reconocidos cuando se logre con la realización de los activos de la entidad, teniendo en cuenta las reglas de prelación legal dentro de la liquidación y atendiendo la disponibilidad de los recursos”**.

Lo anterior, deja en clara evidencia las acciones desplegadas por mi representada para reclamar de las facturas a cargo de SALUDCOOP EN LIQUIDACION de las cuales, pende el pago de las obligaciones derivadas del contrato.

De ahí que, pueda decirse sin dubitación alguna que mi representada ha colocado ejercicio todos los medios a su alcance para obtener el pago por parte de SALUDCOOP EPS, cumpliendo claramente, con la obligación que emana del contrato de cuentas en participación, obligación de medio, en tanto el señor JESÚS TORRES LOGREIGA según la cláusula décima segunda del contrato solo se obligó a “poner su conocimiento, capacidad, conexiones comerciales y crédito personal”.

Sobre el particular, el Maestro Javier Tamayo Jaramillo en su obra Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I ha reiterado que,

En ciertos contratos el deudor solo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. Se le llama a veces obligación de prudencia y diligencia. El contenido de la obligación de medios no es exactamente un hecho; es el esfuerzo del hombre, un esfuerzo constante, perseverante, tendente a la adopción de una actitud frente a sus propias cualidades para aproximarse a una finalidad deseada. Si el deudor no se compromete a alcanzar una meta deseada, se compete por los menos a tratar de alcanzarla. Si un evento de fuerza mayor impide al deudor alcanzar la finalidad prevista, habrá ejecutado su obligación, puesto que por hipótesis su obligación es su comportamiento.

Este es el criterio acogido hoy por la doctrina y la jurisprudencia, por lo que el Honorable Tribunal, en el presente caso, no puede calificarse nada más, que el comportamiento del asociado gestor, quien como se demuestra según el documento empleado, fue prudente y diligente, en la medida en que ha interpuesto todos los recursos de ley para que sean reconocidas las acreencias a su favor.

En razón de los argumentos planteados, me permito solicitar la posterior:

#### I. PETICIÓN.

Por las razones expuestas, solicito al Honorable Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil, **REVOCAR la decisión de primera instancia en lo que respecta únicamente a la declaratoria de responsabilidad en contra de mi representada respecto de contrato de mutuo** y la condena al pago de SESENTA Y TRES MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M.L (\$63.175.398) por concepto de **capital y por concepto de intereses** remuneratorios la suma de VEINTIUN MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS TRES PESOS M.L (\$21.641.703), como la condena en costas.

Con distinción y respeto,

Atentamente;

**OSNAIDER MAYA VILLAZÓN**  
C.C. 1.124.036.717 de Maicao (La Guajira)  
T.P. 283.561 C.S.J.