

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 139

RADICACIÓN: 760013103005-2011-00009-00

Santiago de Cali, Diecisiete (17) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

I. Objeto de la providencia

Se profiere sentencia de primera instancia dentro del proceso ordinario de mayor cuantía iniciado por FINANCIAMOS S.A.S, DIANA SOCORRO LARRARTE SABA, HERNAN NIKAIDO SAKUMA, MARLEN NUÑEZ DE RESTREPO y JORGE SEJNAUI SAYHER, contra el INSTITUTO DE RELIGIOSAS SAN JOSE DE GERONA, SERVICIOS MEDICOS LA CAMILIA LTDA., GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.

II. La demanda

2.1. Pretensiones.

Mediante apoderado judicial la sociedad FINANCIAMOS S.A.S y los señores DIANA SOCORRO LARRARTE SABA, HERNAN NIKAIDO SAKUMA, MARLEN NUÑEZ DE RESTREPO y JORGE SEJNAUI SAYHER instauran proceso ordinario de mayor cuantía, para que se:

- Se declare la existencia e incumplimiento del contrato de Fiducia Mercantil de recepción, administración, inversión y pago No. 3-1-0080 de fecha 30 de junio de 2005; y de los certificados fiduciarios expedidos a favor de la demandante FINANCIAMOS LTDA. por parte de la fiduciaria.
- Que se declare que existe y es válido el contrato de cuentas en participación No. 001 del 13 de junio de 2005 celebrado entre I.R. San José de Gerona y Gestión Hospitalaria S.A. y el contrato de cuentas en participación No. 001 del 26 de noviembre de 2004 celebrado entre I.R. San José de Gerona y Servicios Médicos la Camelia Ltda.
- Declarar que en los términos del art. 511 del Co. De Co. El I.R. San José de Gerona, y Servicios Médicos la Camelia Ltda, y Gestión Hospitalaria S.A. son responsables solidarios por el incumplimiento del contrato de Fiducia Mercantil antes señalado.
- Que como consecuencia del incumplimiento indicado, las demandadas deben pagar a FINANCIAMOS S.A.S. (antes LTDA), a título de indemnización por daño emergente, la suma de \$109.302.258.00 que equivale al saldo insoluto de los créditos otorgados por los mandantes de FINANCIAMOS, a GESTIÓN HOSPITALARIA S.A. más los intereses de mora a la tasa máxima legal dese el 15 de mayo de 2017 fecha del primer requerimiento a FIDUPREVISORA.

2.1.2. Pretensiones subsidiarias:

- En subsidio de la pretensión 18ª y 19ª, solicita que se declare que FIDUPREVISORA S.A., GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., I.R. SAN JOSÉ DE GERONA, Y S.M. LA CAMELIA LTDA, **son solidaria y extracontractualmente responsables** por los perjuicios ocasionados a DIANA SOCORRO LARRARTE SABA, HERNAN NIKAIDO SAKUMA, MARLEN NUÑEZ DE RESTREPO y JORGE SEJNAUI SAYHER, por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas con el contrato de fiducia mercantil.

- Que se le pague a cada uno de los mencionados el valor de su crédito con los respectivos intereses de mora.

2.2. Hechos.

Como fundamento de sus pretensiones expuso los hechos que a continuación se compendian:

- a. Que entre el Instituto de Religiosas de San José de Gerona, propietaria de la Clínica Nuestra Señora de los Remedios, en calidad de Asociado inactivo y la sociedad Gestión Hospitalaria S.A. en calidad de asociado gestor, se celebró **Contrato de Cuentas en Participación No. 001 del 13 de junio de 2005**, cuyo objeto es *“el suministro y financiación de los insumos, medicamentos, materiales de osteosíntesis y reemplazos articulares para la víctimas de accidentes de tránsito o eventos catastróficos y la administración en el proceso de facturación, cobro y recaudo de la cartera que genera la asistencia de este tipo de pacientes, por parte DEL GESTOR y por parte del ASOCIADO INACTIVO, prestar los servicios médicos asistenciales a la población víctima de accidentes de tránsito y de eventos catastróficos,…”*.
- b. Que, conforme a la cláusula tercera del contrato de cuentas de participación, las partes establecieron que Gestión Hospitalaria de Colombia es la encargada de desarrollar el objeto del contrato, pero que el Instituto de Religiosas de San José de Gerona se dará a conocer como tal ante terceros cuando sea responsable de obligaciones por su labor o gestión.
- c. Que conforme a las cláusulas cuarta y novena del contrato referidos en los literales anteriores, el ASOCIADO ACTIVO se encargaría de librar, cobrar, recaudar y administrar la cartera facturada a las aseguradoras y empresas o entidades que cubrieran directamente la contingencia de salud; y por otro lado, el ASOCIADO INACTIVO se obligada a *“prestar los servicios médicos asistenciales a la obligación víctima de accidentes de tránsito y de eventos catastróficos, dentro de su capacidad instalada y de resolución”*.
- d. Que en razón a la cláusula tercera del mencionado contrato, se estableció que “el ASOCIADO GESTOR en asocio con EL INACTIVO se obligaba a suscribir un contrato de fiducia mercantil de recepción, administración, inversión y pagos con una entidad fiduciaria, donde EL GESTOR debía ser el único ordenador del gasto y EL INACTIVO el fideicomitente beneficiario; así mismo, conforme a la cláusula décima primera, la partes convinieron que dicha entidad financiera iba a ser la encargada de recibir y distribuir los recursos provenientes de los pagos de las facturas.
- e. Que entre la sociedad SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA en calidad de asociado inactivo y la sociedad GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. en calidad de asociado gestor, se suscribió **Contrato de Asociación de Cuentas en Participación No. 001 del 26 de noviembre de 2004**, bajo el cual ésta última se encargaría del proceso de facturación, cobro, recaudo y manejo de la cartera bajo los mismos términos descritos en el literal anterior, mientras que SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA como asociado inactivo se obligaba a *“continuar prestando el servicio de salud a la comunidad usuaria víctima de accidentes de tránsito o de los eventos catastróficos, en los servicios de urgencias, hospitalización, cirugía, UCI y demás servicios de apoyo”*.
- f. Que conforme Otro sí de fecha 2 de marzo de 2005 que modificó la cláusula séptima del contrato anterior, GESTION HOSPITALARIA S.A. se obligó a suscribir contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago con la fiduciaria, para el manejo de los ingresos y pagos productos de la ejecución de ese contrato.

- g. Que se celebró el 30 de junio de 2005 por parte de GESTION HOSPITALARIA S.A. con FIDUPREVISORA S.A., **Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y fuente de Pagos No. 3-1-0080**; en el mismo se identifican como intervinientes A) FIDEICOMITENTE: GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A.; B) BENEFICIARIOS: INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSE DE GERONA, propietario de la CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS y la IPS SERVICIOS MÉDICOS LA MELIA LTDA; C) FIDUCIARIA: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.”
- h. Que, durante la ejecución de los contratos de Asociación y Cuentas en Participación descritos, el INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSE DE GERONA y SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA, revelaron o autorizaron conocer a terceros sus calidades de partícipes no gestores, convirtiéndose en solidariamente responsables con GESTIÓN HOSPITALARIA S.S. como asociado gestor, por las obligaciones adquiridas en el contrato de Fiducia Mercantil.
- i. Que, conforme a las cláusulas primera y segunda del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Inversión y Fuente de Pagos, la TOTALIDAD de los dineros provenientes del pago de las facturas emitidas por los beneficiarios a las empresas aseguradoras y el FOSYGA desde su celebración, hacen parte de un patrimonio autónomo cuyo vocero y administrador es la Fiduciaria FIDUPREVISORA S.A.; en ese sentido, el FIDEICOMITENTE debe entregar a la fiduciaria los recursos ya descritos y en caso que los mismos fueran insuficientes, para servir las obligaciones derivadas del patrimonio, el Fideicomitente y los deudores solidarios se obligaban a atender los referidos gastos con recursos propios.
- j. Que, mediante comunicaciones, se entregaron las primeras ordenes irrevocables de consignar a ordenes de la cuenta recaudadora – Subcuenta Clínica Nuestra Señora de los Remedios No. 048-2300390-6 denominada “FIDUPREVISORA S.A. GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. NIT. 860.525.148-5” del Banco de Colombia, los dineros provenientes de la facturación emitida por los BENEFICIARIOS. Las anteriores comunicaciones, fueron suscritas el 30 de agosto de 2005 por la señora Rocío Soto de Cárdenas, representante legal de GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A.
- k. Que, con el objeto de obtener capital de trabajo para desarrollar el objeto de los contratos de Asociación y Cuentas en Participación celebrado con los BENEFICIARIOS, la sociedad GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., contrató los servicios de corretaje de FINANCIAMOS SAS (empresa de corretaje) para que esta compañía en ejercicio de su objeto social la pusiera en contacto con INVERSIONISTAS o PROPONENTES que le facilitaran a GESTIÓN HOSPITALARIA S.A. dineros a título de crédito o mutuo mercantil.
- l. Que como consecuencia de la actividad desplegada por FINANCIAMOS SAS, las siguientes personas naturales y jurídicas, otorgaron a favor de GESTION HOSPITALARIA S.A. y la señora CLAUDIA JIMENA CÁRDENAS SOTO a nombre propio y como representante legal de la sociedad referida, los créditos que a continuación se relacionan:
- Crédito otorgado por la señora DIANA SOCORRO LARRARTE SABA, mediante operación del 07 de febrero de 2007, por valor de \$39.419.434.00, instrumentado en títulos valores, que al 07 de mayo de 2007 tenía un saldo insoluto de \$41.168.772.00
 - Crédito otorgado por el señor HERNAN NIKAIDO SAKUMA, mediante operación del 14 de noviembre de 2006, por valor de \$38.942.270.00, instrumentado en títulos valores, que al 16 de abril de 2007 tenía un saldo insoluto de \$39.298.688.00
 - Crédito otorgado por el señor JORGE SEJNAUI SAYHER, mediante operación del 09 de enero de 2007, por valor de \$25.648.248.00, instrumentado en títulos valores, que al 07 de mayo de 2007 tenía un saldo insoluto de \$27.000.000.00

- Crédito otorgado por la señora MARLEN NUÑEZ DE RESTREPO, mediante operación del 06 de septiembre de 2006, por valor de \$25.000.000.oo, instrumentado en títulos valores, que al 07 de mayo de 2007 tenía un saldo insoluto de \$26.134.825.oo
- m. Que, como garantía, fuente de pago y causa de los créditos descritos en el literal anterior, la sociedad GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA.S. A, ofreció la cobertura derivada de certificados fiduciarios que se emitirían en desarrollo del contrato de Fiducia descrito; razón por la cual, FIDUPREVISORA S.A. expidió por instrucción del fideicomitente los siguientes Certificados Fiduciarios, dentro de los cuales cada inversionista tenía una participación correspondiente al monto y participación de su crédito:
- Certificado emitido el 01 de julio de 2005 por un valor nominal de \$260.000.000.oo
 - Certificado emitido el 24 de agosto de 2005 por un valor nominal de \$260.000.000.oo
 - Certificado emitido el 03 de octubre 2005 por un valor nominal de \$260.000.000.oo
- n. Que los certificados fiduciarios referidos en el literal anterior, estipulados a favor de FINANCIAMOS SAS, fueron solicitados así:
- El primero de ellos, mediante comunicación el 29 de junio de 2005, donde Gestionamos Hospitalaria S.A. incluyó como beneficiario de la fuente de pago a Financiamos SAS por valor de \$260.000.000.oo instrucción que hace parte integral de dicha certificación.
 - El segundo certificado, mediante comunicación del 18 de agosto de 2005 donde se requería: Emitir el certificado de pago, que los recursos a transferir corresponden a los recursos recaudados por el fideicomiso y que luego de realizadas las reservas de recursos correspondientes al servicio de la deuda y los gastos del fideicomiso, los recursos remanentes quedarán a disposición del fideicomitente.
 - El tercero de los certificados, mediante comunicación del 29 de septiembre de 2005, donde se efectuaron los mismos requerimientos que para el segundo de los certificados.
- o. Que conforme a las instrucciones emanadas por el ordenador del gasto, FIDUPREVISORA S.A. expidió y estipuló irrevocablemente a favor de FINANCIAMOS SAS, los tres certificados fiduciarios relacionados previamente, por valores de \$260.000.000.oo cada uno, cuya fuente de pago serían los dineros provenientes del pago de la totalidad de las facturas emitidas por LOS BENEFICIARIOS a las empresas aseguradoras relacionadas, que una vez recaudados, la Fiduciaria de forma preferente destinaría los recursos al pago de la deuda con Financiamos SAS hasta la concurrencia de los recursos incorporados al fideicomiso; y que una vez cancelada la deuda, los dineros remanentes podrían ser entregados a GESTION HOSPITALARIA S.A.
- p. Que FIDUPREVISORA S.A. realizó a FINANCIAMOS SAS pagos por un total de CIENTO VEINTISEIS MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$126.048.000.oo), discriminados así:
- El 27 de octubre el año 2005 la suma de \$72.000.000.oo
 - El 22 de mayo de 2006 la suma de \$12.048.000.oo
 - El 05 de julio de 2006 la suma de \$23.000.000.oo
 - El 11 de julio de 2006 la suma de \$14.000.000.oo
 - El 20 de septiembre de 2006 la suma de \$5.000.000.oo
- q. Que a pesar de la prevalencia que gozaba FINANCIAMOS SAS respecto al pago, a pesar de que FIDUPREVISORA S.A. obtuvo un recaudo por cuenta de los recursos fideicomitados por valor de \$490.044.898,98 al 31 de diciembre de 2006, solo realizó pagos a favor de la primera por valor de \$126.048.000.oo, incumpliendo las estipulaciones consagradas.
- r. Que como consecuencia de los incumplimientos efectuados la demandante solicitó mediante comunicados a FIDUPREVISORA S.A. se sirviera transferir a favor de ellos los recursos existentes

en el fideicomiso con el fin de cubrir las obligaciones pendientes de pago con los acreedores y pusieron en conocimiento de ésta la re facturaciones y recaudos directos que manifiestan estaban haciendo las clínicas directamente, las cuales ascienden a un valor total de \$229.454.000; al respecto, recibieron contestación por parte de la Fiduciaria, manifestando ésta que para el desembolso de los dineros, requería una instrucción de pago adicional por parte del ordenador de gastos y que Financiamos SAS debía indicar el número de factura y valor correspondiente por refacturación, puesto que al contrato de fiducia, no ingresa el 100% de los servicios que facturan las entidades.

- s. Que aunado al incumplimiento efectuado, remitieron escrito el 04 de junio de 2007 dirigido al Instituto de Religiosas de San José de Gerona en el cual solicitaban el pago directo de los recursos que dispuso la Clínica de los Remedios o que se efectúe su devolución al fideicomiso, manifestando que la Clínica refacturó los recursos a su nombre como IPS, evadiendo así la prelación de los certificados fiduciarios existentes a favor de FINANCIAMOS SAS, frente a ésta última, comentan no haber obtenido respuesta.
- t. Que FIDUPREVISORA S.A. incumplió las obligaciones del Contrato de Fiducia Mercantil de Recepción, Administración, Inversión y Pagos No. 3-1-0080 del 30 de junio de 2005 que celebró con la sociedad GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. y las estipulaciones emanadas de los Certificados Fiduciarios de fechas 01 de julio, 24 de agosto y 03 de octubre de 2005, respecto a:
 - Las cláusulas primera y segunda, **al permitir que los deberes indelegables del fiduciario, fueran realizados directamente por el fideicomitente o los beneficiarios**, dando lugar al deterioro de la solvencia y capacidad de pago del fideicomiso.
 - Los numerales 1, 4 y 5 de la cláusula cuarta, **al no constituir un patrimonio autónomo con la totalidad de los bienes objeto del contrato y desconocer las instrucciones emitidas por el fideicomitente y ordenador del gasto** en las cartas de fecha 18 de agosto, 29 de septiembre y 29 de junio de 2005.
 - Al **desconocer la prelación de pagos** establecida a favor de Financiamos SAS en los 3 certificados fiduciarios ya referidos.
 - La **omisión de información** entregada al fideicomitente, **respecto a que los recursos recibidos en la cuenta del fideicomiso y sus rendimientos, no eran suficientes** para atender las obligaciones caucionadas en el **certificado y al no exigirles que se sirvieran suministrar los fondos necesarios** para cubrir tales obligaciones, así como la falta de lealtad al no informar a los beneficiarios de la fuente de pago.
 - La **omisión de protección y defensa del fideicomiso, al permitir que el recaudo y administración de gran parte de los recursos objeto del patrimonio, los realizaran directamente el fideicomitente y los beneficiarios**, entregando directamente a éstos últimos, parte del recaudo, saltándose la prelación de los pagos estipulados en el certificado.
 - Las obligaciones accesorias que no se expresan directamente en el contrato pero que emanan del **principio de buena fe, derivadas de la omisión de información** previamente descrita.
- u. Que conforme a la calidad de partícipes ocultos que fueron revelados dentro de los contratos de cuentas de participación, **las sociedades GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. como fideicomitente, el INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSÉ DE GERONA y SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA como beneficiarios, incumplieron el objeto del contrato:**
 - **Al realizar directamente el manejo, administración y recaudo** de gran parte de los bienes (cartera) que eran objeto del encargo, dando con ello lugar al deterioro de la solvencia y capacidad de pago del mismo

- **Al no entregar la totalidad de los bienes que hacían parte del fideicomiso**, para que éstos cumplieran con la finalidad del acto constitutivo y sirvieran como fuente de pago de las obligaciones adquiridas con los demandantes.
 - **Al no suministrar de su propio patrimonio los fondos necesarios** para cubrir las obligaciones pendientes de pago, cuando aquellos fueron insuficientes, conforme al numeral 13 de la cláusula 3 del contrato de Fiducia Mercantil.
 - **Al desconocer** las instrucciones emitidas en las cartas de fechas 18 de agosto, 28 de septiembre y 29 de junio de 2005, que solicitaban **los certificados fiduciarios** a favor de FINANCIAMOS SAS.
 - **Al desconocer la prelación de pagos** clara y expresamente consagrada a favor de Financiamos, **pues solo podían recibir los remanentes después de servida la deuda** con FINANCIAMOS SAS.
- v. Que durante la ejecución de los contrato de Asociación y Cuentas en Participación celebrados entre el I. R. SAN JOSE DE GERONA y SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA, en calidad de partícipes inactivos y la sociedad GESTION HOSPITALARIA S.A., como partícipe gestor, revelaron expresa y tácitamente su calidad de partícipes no gestores, motivo por el cual a la luz del artículo 511 del Código de Comercio, desde el momento de la primera revelación, se volvieron solidariamente responsables con el Asociado Gestor por los créditos o mutuos mercantiles adquiridos con los demandantes y por las obligaciones adquiridas por aquel en el contrato de fiducia mercantil.
- w. Que FIDUPREVISORA S.A. realizó el último desembolso a FINANCIAMOS S.A. por valor de \$5.000.000.00 y que el informe de rendición de cuentas correspondiente al 31 de diciembre de 2006, se estableció que la vigencia del contrato de fiducia era hasta el 30 de junio de 2007; sin embargo, a la fecha de presentación de la presente demanda, desconoce la demandante si el contrato de fiducia mercantil fue objeto de liquidación, pues la fiduciaria no ha notificado tal situación.
- x. Que a través del Centro de Conciliación FENALCO, la parte demandante radicó solicitud de conciliación extrajudicial donde se convocaba a las demandadas, no obstante, la misma se declaró fracasada en razón a que no existía ánimo conciliatorio de las partes asistentes y tanto la sociedad GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. y el INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSÉ DE GERONA, no acudieron a la convocatoria.

2.3. Contestación de la demanda.

a. Contestación de la sociedad demandada SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA.

Se manifestó respecto a los hechos de la demanda, se opuso así mismo a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las siguientes:

*Falta de legitimación en la causa por pasiva. Arguyendo que el actuar de la fiduciaria dependía exclusivamente de la orden de pago de **GESTIÓN HOSPITALARIA S.A.** No existe vínculo contractual entre LA CAMELIA LTDA y los demandantes. Cada contrato es independiente y no se revela la calidad de partícipe oculto frente a FINANCIAMOS con quien no se tiene ningún vínculo.

*Cobro de lo no debido. LA CAMELIA LTDA, cumplió sus obligaciones del contrato de cuentas en participación y fue víctima de incumplimiento de **GESTIÓN HOSPITALARIA S.A.**

*Inexistencia de la obligación.

*Excepción de prescripción. Sin argumentar.

*Excepción genérica.

*Buena fe.

b. *Contestación de la sociedad demandada* INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSE DE GERONA (folio 352).

Se manifestó respecto a los hechos de la demanda, se opuso así mismo a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las siguientes:

*Cobro de lo no debido. Arguye que por directriz del Ministerio de la Protección Social donde se indicó que no podía tercerizarse el recaudo de los dineros por cuenta de los servicios de salud objeto del contrato, decidieron dar por terminado el contrato de cuentas en participación con **GESTIÓN HOSPITALARIA S.A.** desde el 06 de julio de 2005 y dando un preaviso, por lo que el contrato duró hasta el 30 de octubre de 2005 máximo, conforme al contrato, entre otras razones más de incumplimientos de **GESTIÓN HOSPITALARIA S.A.**

*Inexistencia de responsabilidad y/o obligación alguna a cargo del Instituto de Religiosas de San José de Gerona. Indica que no participaron en el contrato de fiducia mercantil por los incumplimientos de **GESTIÓN HOSPITALARIA S.A.**, ya que **la Supersalud, el Ministerio de Protección Social y Fisalud** rechazaban la posibilidad de dicha intermediación. Señala que no recibió suma alguna de la fiducia. Y no participó en el contrato de fiducia que según el contrato de cuentas en participación debía hacerse en asocio con ellos. Resalta que además no existe el contrato de corretaje con la demandante.

*Genérica o Innominada.

c. *Contestación de la sociedad demandada* FIDUPREVISORA S.A. (folio 378).

Se manifestó respecto a los hechos de la demanda, se opuso así mismo a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las siguientes:

*Falta de legitimación por pasiva. Expresa que el contrato de fiducia determina que el pago de los créditos a favor del fideicomitente es de entera responsabilidad del mismo como único deudor y la fiduciaria pagará según sus instrucciones y hasta concurrencia de los recursos del patrimonio autónomo. Resalta que nunca se expidió un certificado de garantía, ni tampoco instrucción irrevocable de pago.

*Inexistencia de la obligación. Arguye que un certificado de fuente de pago sin estipulación de irrevocabilidad, no constituye caución o garantía para terceros, por lo tanto, el sentido que le asigna la parte actora a dicha certificación no es el correcto. En el caso del contrato de fiducia mercantil el fiduciario actúa por cuenta y en nombre del fideicomitente y en este caso, el fideicomitente conservó la facultad de instruir los pagos como se puso de presente en la certificación expedida.

*Ausencia de culpa por parte de FIDUPREVISORA S.A., en la estructuración del negocio. Expresa que las dificultades sobrevinientes para hacer las transferencias al patrimonio autónomo por la interpretación de normas legales, no es atribuible a FIDUPREVISORA ya que lo pactado estaba respaldado por la práctica y por principios generales del derecho en materia de representación, y la interpretación de algunas entidades como el Ministerio de Protección Social tomó por sorpresa a todos los contratantes. Y si la facturación ya no podía ingresar al patrimonio autónomo se daba la imposibilidad jurídica de realizar el objeto del contrato, lo que constituye causal de terminación del mismo y activa la obligación de los fideicomitentes de pagar los créditos con terceros inversionistas con sus recursos propios.

*Inexistencia de actos abusivos.

*Culpa plena y exclusiva de la parte actora. Indica que FINANCIAMOS como experto en corretaje no supo efectuar la valoración integral que iba a permitir generar el flujo necesario para satisfacer sus expectativas de pago. La irrevocabilidad requiere de pacto expreso conforme a las normas del mandato. Los demandantes no analizaron las consecuencias de no contar con la expresión de irrevocabilidad en las certificaciones expedidas a su favor. FINANCIAMOS fue el contratante negligente frente a sus inversionistas.

*Indemnidad de FIDUPREVISORA S.A., responsabilidad civil contractual directa y exclusiva de Gestión Hospitalaria S.A. Resalta que cualquier estipulación para otro, en los términos de los cuasicontratos, no confieren más derechos que los plasmados, si el beneficiario de la estipulación aceptó, en forma tácita o expresa, no puede ahora desnaturalizar el sentido y alcance del certificado de fuente de pago, para entenderlo como una garantía, cuando no lo es, o entenderlo como irrevocable, cuando se dice todo lo contrario. Ni pueden **GESTIÓN HOSPITALARIA S.A. Y LA CAMELIA LTDA. Dejar de asumir su responsabilidad, porque en los certificados se indicó que sea cual fuere la circunstancia futura del contrato, la fiduciaria no asume obligación alguna de pago, y a falta de recursos son los fideicomitentes quienes deben asumir el pago.**

*Genérica

d. Contestación de la sociedad demandada GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. a través de Curador ad-litem. (folio 406).

Se manifestó respecto a los hechos de la demanda, frente a las pretensiones manifiesta que se acoge a la decisión del Juez en el proceso, no presenta excepciones de fondo.

2.4. Trámite del proceso.

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali admitió el trámite mediante Auto No. 136 del 28 de marzo de 2011, en el mismo se surtió el trámite legalmente establecido, agotándose cada una de sus etapas en debida forma, cuyas contestaciones fueron presentadas dentro del término legal en la forma indicada líneas atrás.

El **10 de septiembre de 2014 (acta a folio 466)** el Despacho se constituyó en audiencia preliminar de la que trata el artículo 101 del C.P.C. En la diligencia, se agotó la etapa de conciliación, la cual se declaró fracasada; se procedió entonces con la fijación de los hechos, pretensiones y excepciones, al respecto la parte actora se ratifica en la totalidad de hechos y pretensiones de la demanda, por su parte, los apoderados de la parte demandada se ratificaron a su vez en las excepciones y contestaciones allegadas al proceso, efectuando una petición al despacho respecto a la evacuación de los interrogatorios correspondientes a los representantes legales de las sociedades FIDUPREVISORA S.A. y SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA, solicitando que los mismos se agoten mediante despacho comisorio en las ciudades de Bogotá y Manizales respectivamente, puesto que estas son las ciudades de domicilio de los representantes legales, requerimiento al cual el Juzgado accedió.

Dando continuidad al trámite, mediante auto No. 639 del **27 de abril de 2015**, con el propósito de evacuar en debida forma el acervo probatorio solicitado por las partes, se decretaron las pruebas. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali asume el conocimiento del expediente proveniente del Juzgado Quinto Civil del Circuito, **el 31 de julio de 2017.**

Habiéndose evacuado las pruebas de conformidad con lo estipulado en el numeral 4 del artículo 373 C.G.P., mediante auto del 17 de mayo de 2023 se fija fecha para llevar a cabo la Audiencia de

Instrucción y Juzgamiento el día 23 de noviembre de 2023; en la misma, se procedió a evacuar lo correspondiente, escuchando los alegatos de conclusión, fijando fecha para dictar sentencia de manera oral el día 20 DE MARZO DE 2024 a las 03:00 p.m. la que finalmente se llevó a cabo el 5 de abril de 2024 al haber cambio de titular del despacho, ordenándose dictar la sentencia por escrito dentro de los 10 días siguientes a dicha audiencia. A lo cual se procede previas las siguientes:

III. CONSIDERACIONES.

Al examinar los denominados presupuestos procesales, es claro que aquí se encuentran presentes y no se hallan actuaciones u omisiones que ameriten la declaratoria de nulidad en el proceso.

Entrando en materia, debe empezar este despacho por decir que las pretensiones de la demanda están encaminadas en un primer lugar, a que se examine la posible **responsabilidad contractual** de los demandados FIDUPREVISORA S.A., GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., I.R. SAN JOSÉ DE GERONA (propietaria de la CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS), Y SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA, **frente a FINANCIAMOS S.A.S.** (antes LTDA), **por incumplimiento del contrato de fiducia mercantil** de recepción, administración, inversión y pago No. 3-1-0080 de fecha 30 de junio de 2005; y de los certificados fiduciarios expedidos a favor de la demandante FINANCIAMOS S.A.S. (antes LTDA).

Y de otro lado, **subsidiariamente**, solicitan se examine la **responsabilidad civil extracontractual** de las mencionadas demandadas, frente a DIANA SOCORRO LARRARTE SABA, HERNAN NIKAIIDO SAKUMA, MARLEN NUÑEZ DE RESTREPO y JORGE SEJNAUI SAYHER, **por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas con el contrato de fiducia mercantil.**

PROBLEMAS JURIDICOS

Habrà de examinarse entonces en un principio, si incumplieron las demandadas FIDUPREVISORA S.A., GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., I.R. SAN JOSÉ DE GERONA, Y S.M. LA CAMELIA LTDA el contrato de Fiducia y si tal incumplimiento generó el daño que dijo haber sufrido la parte demandante FINANCIAMOS S.A.S. en su patrimonio.

Para despejar dicho interrogante, se explicará de una manera genérica la estructura conceptual del contrato de fiducia; seguidamente, se analizará a la luz de la jurisprudencia y doctrina patria si la actora FINANCIAMOS S.A.S. es parte legitimada para reclamar por la vía contractual; luego se expondrán los elementos que han de concurrir para que se estructure la responsabilidad civil contractual; y por último, se esbozará la responsabilidad deprecada para cada uno de los demandados, debiendo examinarse también los contratos de cuentas en participación que derivaron en la constitución del contrato de fiducia objeto de revisión.

CONTRATO DE FIDUCIA

Prevé el artículo 1226 del Código de Comercio que *“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.*

La celebración de un contrato de fiducia mercantil implica la transferencia de los bienes involucrados con el objetivo de cumplir la finalidad acordada, conformando un patrimonio autónomo independiente. Por tanto, el fiduciante, adquiere la titularidad del derecho de propiedad, aunque nunca de manera plena, ni definitiva, pues, en estrictez, el fiduciario no recibe –ni se le transfiere- un derecho real integral

o a plenitud, porque en ningún caso puede consolidar dominio sobre los bienes objeto de la fiducia, ni ellos forman parte de su patrimonio, sino porque esa transferencia, de uno u otro modo, está condicionada por el fiduciante, quien no sólo determina el radio de acción del fiduciario, sino que es la persona –o sus herederos- a la que pasara nuevamente el dominio, una vez termine el contrato, salvo que el mismo fideicomitente hubiere señalado otra cosa. Es oportuno aclarar que dicho patrimonio debe registrarse en forma separada de los activos del fiduciario.

Adicionalmente, los artículos 1234, 1235 y 1236 *ibídem* establecen derechos y obligaciones para el fiduciario, el beneficiario y el fideicomitente, respectivamente, orientados al cumplimiento del contrato de fiducia mercantil y su finalidad.

EL BENEFICIARIO EN EL CONTRATO DE FIDUCIA

El beneficiario es la persona que en virtud de lo estipulado en el contrato de fiducia debe recibir los beneficios estipulados en su favor cuando se cumple el plazo o condición. De él se ha dicho que debe ser una persona (natural o jurídica) que ha de existir al momento que se le deben transferir los derechos derivados del contrato.

En punto a la posición jurídica que ubica el beneficiario dentro del contrato de fiducia el tema no ha sido pacífico, pues un sector de la doctrina y de la jurisprudencia considera que no es parte del contrato, sino un tercero¹; otro sector opina que el beneficiario puede considerarse parte en tanto la ley y el contrato establezcan a su favor derechos correlativos a esa calidad²; otro considera que el acreedor beneficiario sí es parte, con fundamento en la figura jurídica de la estipulación para otro consagrada en el artículo 1506 del Código Civil, pues una vez éste acepte, sus derechos se tienen por consolidados y se entiende que el acreedor manifiesta su anuencia en relación con el contenido del contrato³.

Para este despacho, si bien es cierto que el beneficiario no es parte en la formación del contrato de fiducia no lo es menos que sí lo viene a ser en su ejecución, por ministerio de la ley, al disponer el artículo 1235 del C. de Co. que: *“El beneficiario tendrá, además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley, los siguientes: 1. Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas...”*

En similar sentido, señaló la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, con ponencia del Dr. William Namén Vargas, en sentencia del 01 de julio de 2009, lo siguiente: *“En efecto, por la relación de confianza, especificidad estructural y funcional del negocio fiduciario, en preservación de los derechos del tercero beneficiario y seguridad de la finalidad fiduciaria determinada por el constituyente en su provecho, **el ordenamiento jurídico extiende su legitimación**, otorgándole ciertos derechos, facultades y acciones, usualmente reservados a las partes del acto dispositivo; así, le confiere “además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley”, los de “[e]xigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas”, impugnar sus actos anulables en los casos legales y exigir la restitución de los bienes fideicomitados, oponerse a medidas cautelares o de ejecución contra éstos o por obligaciones que no lo afectan si no lo hace el fiduciario, solicitar su remoción por causas justificadas y el nombramiento provisional de administrador (artículo 1235 Código de Comercio), demandar el inventario de los bienes recibidos (artículo 1231, *ibídem*) y también impone al fiduciario el deber de rendirle cuentas comprobadas de su gestión (artículo 1234, num. 8º, *ejusdem*), previendo su remoción cuando sus intereses resultan incompatibles (1239, num. 1º, C. de Co) y la extinción del contrato, entre otras causas, por muerte del beneficiario si así se acordó (artículo 1240, *ibídem*)”*. (Subrayas de la Sala)

¹ RODRIGUEZ, Azuero, Sergio, Negocios Fiduciarios, Su significación en América Latina, Editorial Legis, Bogotá DC, año 2005, pág. 250 y s.s.

² Juan Carlos Varón Palomino en Nociones fundamentales de fiducia. Asociación de fiduciarias. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.

³ Sentencia del 2 de abril de 2009, Sala Civil Tribunal Superior de Bogotá, MP, Liliana Aida Lizarazo, radicación No. 2004-0086-01

En esa misma dirección ha conceptualizado la Superfinanciera que “Independientemente de la discusión que existe en torno a la calidad del beneficiario de un contrato tan complejo como lo es el contrato de fiducia (fiducia mercantil o encargo fiduciario), en especial el de garantía, si creemos **que el acreedor beneficiario detenta un interés jurídico sustancial, reconocido en el artículo 1226 del Código de Comercio**, lo cual lo legitima procesalmente para reclamar su protección civil con base en los derechos que se derivan del propio contrato, en los términos del artículo 1235 del Código de Comercio.”(Concepto 2009075040-001 del 20 de noviembre de 2009.)

Conclúyase entonces que el beneficiario bien puede acudir a un proceso de responsabilidad civil contractual, entre otros, para reclamar o hacer valer los derechos nacidos de un contrato de fiducia.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

En apretada síntesis, la responsabilidad civil contractual es la obligación de reparar un daño proveniente del incumplimiento culposo de una obligación derivada de un contrato.

Para la prosperidad de la acción de responsabilidad civil contractual es menester verificar si se encuentran demostrados sus presupuestos, los que de conformidad con lo dicho por la Honorable Corte Suprema de Justicia, refieren: el contrato, la mora o el incumplimiento de las obligaciones por el demandado, un daño y una relación de causalidad entre éstos, elementos que la mencionada Corporación explicó en los siguientes términos:

*“Lo primero indica la inejecución de las obligaciones contraídas en el contrato; lo segundo, vale decir el daño, se concreta con la prueba de la lesión o detrimento que sufrió el actor en su patrimonio, porque **no siempre el incumplimiento de uno de los extremos del contrato ocasiona perjuicios al otro, pues eventos se dan en que no se produce daño alguno**, es por lo que precisamente se tiene cuando se demanda judicialmente el pago de los perjuicios, **le incumbe al actor demostrar el daño cuya reparación solicita y su cuantía**, debido este último aspecto a que la condena que por este tópico se haga, no puede ir más allá del detrimento patrimonial sufrido por la víctima, carga de la prueba en cabeza del demandante que la establece el artículo 1757 del Código Civil que dispone que incumbe probar las obligaciones a quien alega su existencia. (Se destacó)*

“En numerosa jurisprudencia la Corte ha sostenido lo dicho anteriormente, entre ellas en la sentencia del 13 de octubre de 1949 en la que dijo “En verdad esta Sala ha estimado estrictamente lógico que para condenar a indemnización de perjuicios, el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, y sabido es, por otra parte, que, aunque el incumplimiento es culpa y ésta obliga en principio a indemnizar, bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya causado a la otra parte, y no sería lógico condenar a la indemnización de perjuicios inexistentes”. Además del incumplimiento del contrato y del daño ocasionado, existen otros elementos que deben demostrarse, como son entre otros, el nexo de causalidad entre dicho incumplimiento y el agravio sufrido por la víctima, esto es, que lo segundo es consecuencia de lo primero. (Cursiva del texto)

“Sin embargo, como todos los elementos del incumplimiento que estructuran la responsabilidad, son autónomos, vale decir, que cada uno tiene existencia por sí mismo y no depende de los demás, se hace indispensable, entonces, la demostración de todos ellos.

“2.Luego, consecuencia de lo expuesto es que en la acción de resarcimiento en materia contractual, indispensable es demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad, es decir, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. (..)”⁴

⁴ C. S. de J. Sala Civil. Sent. Marzo 14 de 1996 M. P. Dr. Pedro Lafont Pianetta.

LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO

En el tema de la responsabilidad civil de las sociedades Fiduciarias, en cuanto al desarrollo o ejecución del contrato de fiducia, cabe hacer dos distinciones. La primera, es que es de tipo personal cuando sus actos u omisiones son en detrimento del patrimonio autónomo; y la segunda, cuando los actos u omisiones son por y para el patrimonio autónomo del cual es vocera.

En punto a tal distinción, la jurisprudencia patria⁵ ha dicho que *“el fiduciario no compromete su responsabilidad patrimonial directa y personal en la ejecución del negocio fiduciario por los actos, negocios y contratos de desarrollo, ejecución o aplicación del encargo, la cual recae directa y exclusivamente en el patrimonio autónomo.”*, empero, *“esa sola circunstancia no autoriza excluir in radice la responsabilidad personal del fiduciario por sus actos, conducta o comportamiento, acciones u omisiones en detrimento de la finalidad fiduciaria”*. En el primer caso responde patrimonialmente el patrimonio autónomo; en el segundo, responde la fiduciaria con su patrimonio.

No hay que hacer grandes esfuerzos intelectuales para advertir que las sociedades fiduciarias en nuestro país debido al grado de especialidad del tema y a su regulación legal, son profesionales respecto a su actividad económica, de allí que se considere que su responsabilidad es de tipo profesional, y adicionalmente en el artículo 1243 del Código de Comercio se preceptúa que el fiduciario responde hasta de la culpa leve en cumplimiento de su gestión. La culpa leve según el artículo 63 del Código Civil es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Del tipo de obligaciones que generalmente responde la fiduciaria se ha dicho que son de medio y no de resultado.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, tiene su génesis en la conducta del hombre cuando por su acción u omisión causa un daño, si bien sin la intención de producirlo o cuando previéndolo confía de manera imprudente poder evitarlo, actuando negligentemente o por descuido. La responsabilidad civil es entonces la consecuencia jurídica de una relación de hecho, o sea la obligación del autor de un daño de reparar el perjuicio causado.

Para que se estructure la responsabilidad extracontractual, la víctima o el legitimado para impetrar la acción indemnizatoria debe acreditar: i) **la existencia del daño**, ii) **la culpa del causante o autor del daño padecido** y iii) **la relación de causalidad entre ésta y aquél**.

Así lo establecen los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, los cuales disponen:

“Artículo 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido.”

*“Artículo 2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a **malicia** o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.”*

En este sentido, la Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1008 de 2010, señaló:

“3. Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil contractual y de la extracontractual.

⁵ Casación Civil Corte Suprema de Justicia, sentencia del 01 de julio de 2009, MP. William Namén Vargas.

3.1. La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico. En tanto que la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil.

Esta clasificación, en la que se sustenta una tesis dualista de la responsabilidad civil, parte de la consideración de que es preciso hacer una clara distinción entre los efectos que genera el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, plasmada en el acuerdo de voluntades que es ley para las partes (contratos) y los que se producen como consecuencia de la voluntad del Estado plasmada en la ley.

3.2. La legislación colombiana, regula en títulos distintos del mismo Libro del Código Civil, las consecuencias del incumplimiento en materia contractual y las de los hechos jurídicos. En el título XII se ocupa “del efecto de las obligaciones” - artículos 1602 a 1617-; y en el XXXIV – artículos 2341 a 2360- de “la responsabilidad civil por los delitos y las culpas”, estableciendo respecto de cada tipología las reglas que gobiernan la indemnización de los perjuicios irrogados.

3.3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha desarrollado esta concepción dual de la responsabilidad civil, separándose explícitamente de una concepción unitaria, y destacando la importancia que tiene esta diferenciación en la práctica judicial, más allá de simples propósitos académicos y teóricos. Así ha indicado que “El Código Civil destina el título 12 de su Libro Cuarto a recoger cuanto se refiere a los efectos de las obligaciones contractuales, y el título 34 del mismo Libro a determinar cuáles son y como se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas. (...) Estas diferentes esferas en que se mueve la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y el mecanismo probatorio”

(...) 3.4. En lo que concierne a la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia especializada la define como el encuentro accidental fortuito de una fuente de la obligación resarcitoria generada por mandato legal. Sobre el particular señala que: “como desde antaño lo viene predicando la Corporación con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y este”. Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a este a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, por que al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció” (Subrayas y negrilla de la Sala).

CASO CONCRETO.

DEL NEGOCIO JURIDICO SOBRE EL QUE SE ERIGIÓ LA RESPONSABILIDAD Y LA CALIDAD DE BENEFICIARIA DE LA PARTE DEMANDANTE.

Se aportó contrato de fiducia mercantil de administración, inversión y fuente de pagos, suscrito entre GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. y FIDUCIARIA LA PREVISORA, cuyo objeto era administrar “los recursos que el fideicomitente transfiera al patrimonio autónomo por concepto de la facturación que realicen las entidades beneficiarias como contraprestación de los servicios prestados por aquellas, con el fin de que la fiducia cancele a cada proveedor los dineros correspondientes a los servicios, insumos y medicamentos suministrados para la atención d ellos respetivos pacientes atendidos con ocasión al acaecimiento de accidentes de tránsito y eventos catastróficos, que sean atendidos en la IPS SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA y CLINICA DE NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS...”.(fol. 79 y s.s. e. Físico).

Así mismo, a folio 202 del expediente físico obra documento suscrito por FIDUPREVISORA S.A. dirigido a FINANCIAMOS LTDA, calendado el 05 de julio de 2007, donde se ratifica la celebración y existencia del contrato de fiducia mercantil No. 310080 del 30 de enero de 2005 en el cual se informa además la existencia de un “otro sí No. 1” en virtud del cual se incorporó un parágrafo a la cláusula primera así:

“PARÁGRAFO TERCERO: El presente contrato de fiducia mercantil podrá ser fuente de pago de créditos concedidos a bien del FIDEICOMITENTE, los cuales hayan tenido como causa la financiación de la operación o el pago anticipado de las facturas generadas por los beneficiarios. La obtención y pago de dichos créditos será de entera responsabilidad del FIDEICOMITENTE y la FIDUCIARIA pagará según instrucciones y hasta concurrencia de los recursos incorporados al Patrimonio Autónomo constituido.”(ver fol. 203).

Adicionalmente se aportaron certificados de fuente de pago a favor de FINANCIAMOS S.A.S. en los cuales se expresó:

- Certificado del 1 de julio de 2005: *“Que mediante comunicación de junio 29 de 2005, el representante legal de GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., instruyó como beneficiario de la fuente de pago constituida mediante el contrato de fiducia mercantil (310080 GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A.) a Financiamos Ltda, Nit. 805.031.160.3, por valor de \$260.000.000.00 hasta la concurrencia de los recursos que sean incorporados al fideicomiso, instrucción que hace parte integral de esta certificación.”*
- Certificado del 24 de agosto de 2005: *“El contrato de fiducia mercantil podrá ser fuente de pago de créditos concedidos a bien del FIDEICOMITENTE, los cuales hayan tenido como causa la financiación de la operación o el pago anticipado de las facturas generadas por los BENEFICIARIOS. La obtención y pago de dichos créditos será de entera responsabilidad del FIDEICOMITENTE y la FIDUCIARIA pagará según sus instrucciones y hasta ocurrencia (sic) de los recursos incorporados al patrimonio autónomo constituido.”*

Más adelante indica: *“...GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. instruyó a la fiduciaria de los siguiente: 1. Emitir certificado de fuente de pago a nombre de la sociedad “Financiamos Ltda. Nit. 805.031.160.3, por valor de \$260.000.000.00. 2. Que los recursos a transferir a la sociedad Financiamos Ltda., identificada con Nit. 805.031.160.3, corresponden a los recursos recaudados por el fideicomiso. 3. Que luego de realizadas las reservas de recursos correspondientes al servicio de la deuda de la sociedad Financiamos Ltda., identificada con Nit. 805.031.160.3 y los gastos del fideicomiso, los recursos remanentes quedarán a disposición del fideicomitente.” “se expide la presente, ... advirtiendo que no se trata de un certificado de garantía en desarrollo del citado fideicomiso.”*

- En el mismo sentido que el anterior, se expidió nuevo certificado el 3 de octubre de 2005.

Conforme a la anterior prueba documental, es pertinente señalar que en efecto, existió el contrato de fiducia mercantil para administración y pagos el cual fue celebrado por GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A como fideicomitente, y FIDUPREVISORA S.A. como la entidad fiduciaria. Dicho contrato se llevó a cabo sin participación del INSTITUTO DE RELIGIOSAS SAN JOSÉ DE GERONA propietaria de la CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS ni de SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA., a quienes la fideicomitente designó como beneficiarias por virtud de los contratos de cuentas en participación que con ellas había celebrado.

Dicha fiducia mercantil, en efecto, y como lo ha señalado la fiduciaria, no se trató de una fiducia de garantía, en tanto lo pactado en el negocio jurídico fue que el mismo **“...podrá ser fuente de pago de créditos concedidos a bien del FIDEICOMITENTE... La obtención y pago de dichos créditos será de entera responsabilidad del FIDEICOMITENTE y la FIDUCIARIA pagará según instrucciones y hasta concurrencia de los recursos incorporados al Patrimonio Autónomo constituido”**.

Acorde con la definición prevista en la circular externa 034 de 2018 (Superintendencia Financiera) la fiducia de “8.3.1. Administración y pagos”, tiene como finalidad la administración de sumas de dinero y/u

otros bienes que junto con sus rendimientos, si los hay, pueden ser destinados al cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones que le señale”.

Y es precisamente en razón al tipo de fiducia que se constituyó, que la fiduciaria expidió los certificados fiduciarios en los que la fideicomitente instruyó como beneficiaria de la fuente de pago a FINANCIAMOS LTDA, lo que evidentemente la legitima para reclamar el cumplimiento de lo convenido a su favor.

Ahora bien, según la ley (art. 1235 del C de Co) el beneficiario está legitimado para ejercer acciones de responsabilidad contra el fiduciario, por ello aquí su acción es contractual respecto de los derechos que en concreto tiene él en el contrato de fiducia y que le fueron otorgados por el constituyente, lo que de suyo implica que existan otros derechos y obligaciones allí contenidas en los que no tenga legitimación alguna por cuanto en relación con ellos no es parte, como por ejemplo en el pacto arbitral inserto en una clausula compromisoria, de la que se dice una de sus características más descollante es su autonomía respecto del contrato que la contiene.

Lo anterior permite, entonces, afirmar que en casos como el que aquí nos ocupa el beneficiario sí está legitimado respecto de los derechos que están estipulados a su favor en el contrato de fiducia, y a nada más, tal como en el acápite respetivo se ha dejado sentado.

DEL DAÑO.

La jurisprudencia y la doctrina explican que el daño en su sentido natural y obvio, es un hecho, consistente en el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc. y supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.

FINANCIAMOS LTDA., alegó que la FIDUCIARIA no desembolsó las sumas de dinero que se le adeudaban y a que tenía derecho por virtud de los certificados fiduciarios, específicamente la suma de \$109.302.258.00 que equivale al saldo insoluto de los créditos otorgados por los mandantes de FINANCIAMOS, a GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., más los intereses de mora a la tasa máxima legal dese el 15 de mayo de 2017 fecha del primer requerimiento a FIDUPREVISORA, teniéndose en entonces acreditado, que la pérdida de las sumas mutuadas (cuestión por demás no controvertida en el plenario) y los intereses que la misma generaría constituyen el daño padecido por la demandante, resta por ver, si el mismo se debe a la conducta de la demanda, según, como es lógico en este tipo de responsabilidad, de acuerdo a las obligaciones del contrato.

DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ADMINISTRAR POR PARTE DE LA FIDUCIARIA.

Sabido es que en la responsabilidad civil contractual, a efectos de determinarse si existe o no responsabilidad, debe mirarse el contenido obligaciones y determinarse si algunas de las obligaciones pactadas fueron incumplidas. Siendo necesario precisarse que la responsabilidad que aquí se endilga a la fiduciaria es de tipo personal “...por sus actos, conducta o comportamiento, acciones u omisiones en detrimento de la finalidad fiduciaria o del constituyente y de terceros, por inobservancia de sus deberes profesionales de diligencia (...), ausencia de adopción de las medidas idóneas exigibles...”⁶ y por ello ha de responder con su patrimonio.

Para el caso se acusa a la fiduciaria de haber sido un administrador negligente y haber incumplido las instrucciones emitidas por el fideicomitente, desconocer la prelación de pagos establecida en los certificados fiduciarios, omitir información respecto a los recursos desviados, omitir la protección y

⁶ Ibidem.

defensa del fideicomiso, por lo que impone analizar si la obligación de administrar aquella la asumió y si la incumplió.

Es importante recordar que la fiducia que aquí se pactó corresponde a una de las denominadas de administración y fuente de pago, la cual tiene por objeto la administración de sumas de dinero u otros bienes que junto con sus rendimientos, y conviene recordar que tal labor ha de ser desarrollada con la debida diligencia no bajo los estándares de un buen padre de familia sino de un profesional. En esa misma dirección la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁷ ha sentado que *“la responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo está indisociablemente vinculada a su carácter de profesional especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico.”* Y de allí que *“la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados.”*

En su defensa FIDUPREVISORA, en apretada síntesis, ha planteado:

*Falta de legitimación por pasiva. Expresa que el contrato de fiducia determina que el pago de los créditos a favor del fideicomitente es de entera responsabilidad del mismo como único deudor y la fiduciaria pagará según sus instrucciones y hasta concurrencia de los recursos del patrimonio autónomo. Resalta que nunca se expidió un certificado de garantía, ni tampoco instrucción irrevocable de pago.

*Inexistencia de la obligación. Arguye que un certificado de fuente de pago sin estipulación de irrevocabilidad, no constituye caución o garantía para terceros, por lo tanto, el sentido que le asigna la parte actora a dicha certificación no es el correcto.

*Inexistencia de actos abusivos.

*Culpa plena y exclusiva de la parte actora. Indica que FINANCIAMOS como experto en corretaje no supo efectuar la valoración integral que iba a permitir generar el flujo necesario para satisfacer sus expectativas de pago. Conforme a las normas del mandato. Los demandantes no analizaron las consecuencias de no contar con la expresión de irrevocabilidad en las certificaciones expedidas a su favor.

*Indemnidad de FIDUPREVISORA S.A., alega responsabilidad civil contractual directa y exclusiva de Gestión Hospitalaria S.A. porque en los certificados se indicó que sea cual fuere la circunstancia futura del contrato, la fiduciaria no asume obligación alguna de pago, y a falta de recursos son los fideicomitentes quienes deben asumir el pago.

Pues bien, frente a la naturaleza del certificado de fuente de pago, es pertinente indicar que el mismo deviene del contrato de fiducia mercantil, el cual de acuerdo con la cláusula décimo segunda se pactó como irrevocable durante el término de duración (un año, según la cláusula octava, pero continuó ejecutándose hasta el 30 de junio de 2007 – ver informes de gestión mensuales- fol. 190). Al respecto indicó el Tribunal Superior en sentencia del 30 de septiembre de 2021, en caso de similares contornos y entre estos mismos contendientes (Financiamos y Fiduprevisora):

“Ahora bien, en cuanto a la naturaleza revocable o irrevocable del certificado de fuente de pago parece lógico concluir que el mismo se nutre de las mismas fuentes y principios del contrato de fiducia mercantil, de tal manera

⁷ Citada en nota anterior.

que bien puede acudirse a lo previsto por las partes en el acto constitutivo y a la normatividad que rige el particular a fin de desentrañar este aspecto, lo cual incluso fue previsto por las partes al disponer en la cláusula 17 del contrato, en la cual acordaron que en lo no estipulado en el convenio, se acudiría a las normas civiles y comerciales aplicables a la materia y a las circulares de la Superintendencia Financiera.

Pues bien, al respecto es claro el numeral 2° del artículo 1236 del Código de Comercio en disponer que el fiduciante tiene derecho a “Revocar la fiducia, cuando se hubiere reservado esa facultad en el acto constitutivo, pedir la remoción del fiduciario y nombrar el sustituto, cuando a ello haya lugar”, lo que indica que para que se entienda la revocabilidad de la fiducia es indispensable que esa facultad se haya reservado en el acto constitutivo, lo cual, por lo ya dicho, es posible extender a los certificados expedidos en ejecución del convenio, dado el carácter general de la irrevocabilidad en materia de fiducia mercantil.”⁸

Comparte esta instancia lo ahí señalado, por cuanto en este caso, tanto la ley como el contrato avalan la irrevocabilidad del negocio fiduciario celebrado, GESTIÓN HOSPITALARIA no se reservó la facultad de revocar para sí el negocio, pero además, aún considerando la posibilidad de que la gestora del gasto, GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., hubiese pretendido revocar la instrucción de pago que profirió a favor de FINANCIAMOS, lo cierto es que no obra prueba alguna de dicha revocatoria.

Ahora, no desconoce esta instancia que en efecto, los certificados de fuente de pago expedidos por FIDUPREVISORA S.A. no constituían “certificados de garantía” en desarrollo del fideicomiso. Empero sí contenían unas instrucciones claras según las cuales: -certificado fiduciario de 29 de junio de 2005-: **“GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., instruyó como beneficiario de la fuente de pago... a Financiamos Ltda, ... por valor de \$260.000.000.00, hasta la concurrencia de los recursos que sean incorporados al Fideicomiso, instrucción que hace parte integral de esta certificación.”** (ver fol. 92.). Adicionalmente se estableció en un segundo certificado de fuente de pago del 24 de agosto de 2005, también por \$260.000.000: **“Que luego de realizadas las reservas de recursos correspondientes al servicio de la deuda de la Sociedad Financiamos Ltda. ... y los gastos del fideicomiso, los recursos remanentes quedarán a disposición del fideicomitente.”** Instrucción que se reitera en otro certificado fiduciario expedido el 3 de octubre de 2005.

Conforme a lo expresado en dichos certificados, FIDUPREVISORA debió realizar las reservas del caso, efectuar los pagos conforme a los certificados de fuente de pago expedidos, pero acorde con lo probado en el proceso, en especial la prueba comisionada de exhibición de documentos con intervención de perito financiero (fol 39 ys.s. cuaderno pruebas demandante #4) se obtuvo dictamen pericial en el que se concluyó que en el contrato de fiducia mercantil N. 3.1.0080 del 30 de junio de 2005 que perduró hasta el 30 de junio de 2007, se encuentra ejecutado, terminado y liquidado y frente al informe financiero pedido se estimó lo siguiente:

- Que el valor de la totalidad de los aportes o ingresos fue de \$526.521.000.
- Que por la subcuenta del I.R. San José de Gerona se pagaron las siguientes sumas:
-

BENEFICIARIO	VALOR DE PAGO	FECHA
FINANCIAMOS	\$75.660.000	27/10/2005
FINANCIAMOS	\$2.000.000	27/10/2005
FINANCIAMOS	\$12.048.000	23/05/2006
FINANCIAMOS	\$23.000.000	20/01/2006
FINANCIAMOS	\$14.000.000	12/07/2006
FINANCIAMOS	\$5.000.000	20/09/2006
GESTION HOSPITALARIA	\$16.793.000	03/11/2005
GESTION HOSPITALARIA	\$52.000.000	29/11/2005

⁸ Sentencia del 30 de septiembre de 2021, Rad. 002-2010-00289-01. M.S. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

GESTION HOSPITALARIA	\$22.630.000	14/12/2005
GESTION HOSPITALARIA	\$99.507.000	18/01/2006
GESTION HOSPITALARIA	\$23.000.000	20/01/2006
GESTION HOSPITALARIA	\$7.500.000	20/01/2006
GESTION HOSPITALARIA	\$8.215.000	07/02/2006
GESTION HOSPITALARIA	\$31.315.000	21/02/2006
GESTION HOSPITALARIA	\$51.114.000	31/03/2006
GESTION HOSPITALARIA	\$16.566.000	30/04/2006

- Relación de pagos sub cuenta SERVICIOS MEDICOS LA CAMELIA LTDA:

BENEFICIARIO	VALOR PAGADO	FECHA
FINANCIAMOS	\$15.770.000	
GESTION HOSPITALARIA	\$1.068.000	
GESTION HOSPITALARIA	\$1.593.000	
EFFECTIVO A LA VISTA	\$4.749.000	

En dicho dictamen se estableció también que ***“no se evidencia que los pagos aquí realizados hayan sido precedidos por una instrucción particular en cada caso, dirigida por el fideicomitente.”***

Bajo estos parámetros, de la prueba pericial surge que la fiduciaria realizó pagos a FINANCIAMOS entre el 27 de octubre de 2005 y el 20 de septiembre de 2006, y a GESTIÓN HOSPITALARIA entre el 3 de noviembre de 2005 y el 30 de abril de 2006, así:

TOTAL PAGOS A FINANCIAMOS:	\$131.708.000
TOTAL PAGOS A GESTION HOSPITALARIA:	\$328.640.000
TOTAL PAGOS	\$460.348.000

También que frente a dichos desembolsos no existe instrucción particular en cada caso. Por lo tanto, no se sabe cómo GESTIÓN HOSPITALARIA instruía a la fiduciaria los pagos.

Es de tener en cuenta en este punto que en la solicitud de exhibición de documentos se pidió la exhibición de todos los documentos que directa o indirectamente estén relacionados con la celebración, ejecución y liquidación del contrato de fiducia mercantil, tales como correspondencia, cruce de cartas, correos electrónicos, entre otros (ver folio 28 de la demanda física), sin embargo, ante el juzgado comisionado para la práctica de la prueba, la administradora de negocios de la fiduciaria, Martha Cecilia Castellanos García, no remitió más documentación que el contrato de fiducia; tres “otro sí” de (i) adición parágrafo tercero a la cláusula primera, firmado el 10 de agosto de 2005, (ii) renovación de contrato por un año firmado el 30 de junio de 2006 y (iii) exclusión de beneficiario IPS SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA firmado el 23 de agosto de 2006; Comunicaciones de junio 29 de 2005, 18 de agosto de 2005 y 29 de septiembre de 2005 donde GESTIÓN HOSPITALARIA solicita emitir certificados de fuente de pago; relación de informes de gestión mes a mes; comunicaciones del 15 de mayo de 2007 y 16 de julio de 2007 donde FINANCIAMOS solicita a la fiduciaria el corbo de la cartera de GESTIÓN HOSPITALARIA y de los dineros que deben entrar al fideicomiso; y, acta de liquidación del contrato de fiducia.

Así pues, si la defensa de la fiduciaria se ha fundado en que para realizar pagos de los dineros administrados, debía intermediar instrucción de GESTIÓN HOSPITALARIA como ordenadora del gasto, se cuestiona esta instancia por qué no aportó ni una sola prueba de tales dichos, si en su poder

deberían estar las instrucciones que la fideicomitente impartía para cada pago, pero estos documentos no fueron aportados, estando la fiduciaria en la capacidad de acreditarlos. Adicionalmente, qué mayor instrucción que la prevista en los certificados de fuente de pago, en donde claramente se estableció que GESTIÓN HOSPITALARIA “*instruyó como beneficiario de la fuente de pago ... a Financiamos Ltda. ... por valor de \$260.000.000... instrucción que hace parte integral de esta certificación*”. Y así mismo ordenó: “*que los recursos a transferir a la sociedad Financiamos Ltda, ... corresponden a los recursos recaudados por el fideicomiso... **que luego de realizadas las reservas de recursos correspondientes al servicio de la deuda de la Sociedad Financiamos Ltda...** los recursos remanentes quedarán a disposición del Fideicomitente.*”

Lo anterior aunado a que tratándose de una fiducia mercantil de administración y fuente de pagos, desnaturaliza totalmente dicho contrato el hecho de que, aún emitidos los certificados de fuente de pago, en donde se instruye un beneficiario por una suma determinada y se ordena realizar la reserva de recursos al servicio de dicha deuda, la Fiduciaria obre en contra de dichas instrucciones y pretenda que en algún otro documento se ratifique la instrucción o se vuelva a ordenar transferir los recursos pertinentes, pero además se reitera, no hay prueba de una sola instrucción de pago emitida por GESTIÓN HOSPITALARIA, por lo que se imposibilita para esta instancia determinar de qué manera se manejaron dichas instrucciones y por qué se hicieron los pagos como se hicieron de acuerdo con el dictamen pericial.

Desde esta perspectiva, surge claro que ningún esfuerzo probatorio hizo la Fiduciaria y que analizado todo el caudal demostrativo, en verdad se obtiene que fue un administrador negligente y que desconoció los compromisos previstos en los certificados fiduciarios, y de allí que esté llamada indemnizar a la parte demandante.

Bien puede decirse que además de incumplirse la obligación prevista en el contrato, cláusula 4ª numeral 4º “Efectuar con las sumas que se reciban en virtud del contrato de FIDUCIA MERCANTIL, los pagos a terceros por los servicios prestados” y numeral 5º “administrar con la debida diligencia los recursos que constituyen el patrimonio autónomo por este documento creado”, incumplió el deber legal consagrado en el artículo 1234-4º del Código de Comercio en cuanto a que para proteger los bienes fideicomitados —las sumas de dinero recaudadas— ha debido iniciar los requerimientos pertinentes contra el fideicomitente quien estaba indebidamente apropiándose de los bienes del patrimonio autónomo, pese a sus propias instrucciones que conllevaron a la expedición de los certificados de fuente de pago.

Ahora, en cuanto a la responsabilidad que se le endilga a la FIDUCIARIA por:

- permitir que los deberes indelegables del fiduciario, fueran realizados directamente por el fideicomitente o los beneficiarios.
- No exigir al fideicomitente suministrar los recursos suficientes para cubrir las obligaciones y no informar a los beneficiarios de ello.
- La omisión de protección y defensa del fideicomiso, al permitir que el recaudo directamente por el fideicomitente y los beneficiarios.
- Las obligaciones accesorias que no se expresan directamente en el contrato pero que emanan del principio de buena fe, derivadas de la omisión de información previamente descrita.

Es importante relevar que en el contrato de fiducia se estableció que GESTIÓN HOSPITALARIA S.A. se encargaría exclusivamente del proceso de facturación, cobro, recauda y manejo de la cartera, relevando a la FIDUCIARIA de cualquier responsabilidad al respecto (numeral 4º clausula 3ª del contrato), por lo tanto las labores de cobro, aporte de recursos, exigencia del cumplimiento del contrato de cuentas en participación, aporte de recursos para pago de deudas era responsabilidad de GESTIÓN HOSPITALARIA, y la responsabilidad de la FIDUCIARIA era la de, recibir los recursos, abrir las cuentas requeridas para la recepción de dichos recursos, invertirlos transitoriamente, efectuar los pagos a

terceros por los servicios prestados, así como de las utilidades, rendir cuentas, administrar los bienes fideicomitidos.

Todo lo cual redundaba también en que no se halla acreditada una vulneración al principio de la buena fe y al deber de información y asesoría, en tanto no hay prueba de que la FIDUCIARIA se enterara de los pormenores de la negociación en los contratos de cuentas en participación entre las sociedades INSTITUTO DE RELIGIOSAS SAN JOSÉ DE GERONA, SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA, y GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., ni de los pormenores de la relación contractual de ésta última con FINANCIAMOS S.A.S. o con sus inversores, por lo menos hasta mayo de 2007, y téngase en cuenta que según “otro sí” el contrato se prorrogó únicamente por un año, es decir, hasta 30 de junio de 2007 (un mes después de entregado el requerimiento por parte de FINANCIAMOS a FIDUPREVISORA, y que desde el 23 de agosto de 2006, SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA había sido excluido como beneficiario (fol 64 exhibición documentos FIDUPREVISORA).

Entonces, para el despacho no caben las demás acusaciones hechas al fideicomiso como incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, empero sí, la inicialmente decantada en tanto el desentendimiento de los certificados fiduciarios de fuente de pago.

EL NEXO CAUSAL

El nexo causal es la determinación de que un hecho es la causa de un daño. Es el vínculo causal que existe entre la conducta del agente y el daño producido.

En el asunto bajo examen se desprende de todo lo hasta aquí dicho que como no se gestionó y administró diligentemente el patrimonio autónomo, no se cumplió con lo instruido en los certificados de fuente de pago, esto conllevó a que no se le pagara a la aquí acreedora, o lo que es lo mismo al daño patrimonial.

INDEMNIZACIÓN

Bajo juramento estimatorio, que en aquel momento se regía por el art. 211 del Código de Procedimiento Civil, FINANCIAMOS S.A. estima que el valor de la indemnización por el incumplimiento de la fiduciaria, corresponde a **\$109.302.285** debidamente indexados, más intereses moratorios desde el 15 de mayo de 2007, y acorde con la norma “*Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.*” Y dado que se guardó silencio al respecto por la parte demandada, y la suma no se observa notoriamente injusta o que contenga fraude o colusión, ya que tiene respaldo en las sumas contenidas en los certificados fiduciarios, así como también es una suma que no supera lo recibido por el patrimonio autónomo y lo pagado por Fiduprevisora a Gestión Hospitalaria, que fue quien finalmente recibió pagos por la suma de **\$328.640.000**, luego de expedidos los mentados certificados, se tiene entonces por probado dicho monto.

No obstante, se accederá únicamente a la indexación a la fecha de esta sentencia y a partir de ahí a los intereses moratorios en caso de no pago. Por cuanto integrar la indexación y los intereses moratorios por el mismo período sería un doble cobro de la devaluación del dinero, lo cual es improcedente a la luz de la jurisprudencia.⁹

RESPONSABILIDAD DE GESTIÓN HOSPITALARIA S.A.

Igual conclusión se da en relación con GESTIÓN HOSPITALARIA S.A. la cual realizó manejo directo, administración y recaudo de los bienes que eran objeto del encargo, desconoció sus propias

⁹ CE Sección Segunda, Sentencia 20001233300020140031302 (26332017), Ago. 16/18.

instrucciones emitidas en las cartas de 18 de agosto, 28 de septiembre y 29 de junio de 2005, recibió los dineros del fideicomiso sin el previo pago de la deuda a favor de FINANCIAMOS, no suministró de su propio patrimonio los fondos necesarios para el pago de las deudas, cuando lo que había en el patrimonio autónomo no fue suficiente para pagar. Así pues, GESTIÓN HOSPITALARIA, quien además en su oposición a través de curador ad litem no esgrimió excepciones, debe responder solidariamente por las sumas que aquí se condenarán, por el incumplimiento del contrato de fiducia mercantil y los certificados fiduciarios emitidos a favor de FINANCIAMOS S.A.

RESPONSABILIDAD DE I. R. SAN JOSE DE GERONA y SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA.

Situación diferente se presenta para este despacho en relación con el incumplimiento contractual de la fiducia endilgado a I. R. SAN JOSE DE GERONA y SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA, puesto que estas no hicieron parte de la suscripción del contrato de fiducia mercantil, pues el mismo fue celebrado únicamente por GESTIÓN HOSPITALARIA S.A. y FIDUPREVISORA S.A., estableciéndose aquellas únicamente como beneficiarias y sin que se estableciera obligación de estas en el contrato de fiducia, pero además, por la no demostración de incumplimiento alguno por parte de estas, teniéndose incluso que conforme al dictamen pericial obrante en el proceso elaborado por HERNANDO QUINTANILLA VILLALBA, al examinar los documentos de ejecución y liquidación del contrato de fiducia mercantil, ninguna suma recibieron dichas entidades del fideicomiso, ni durante su ejecución, ni en su liquidación.

Respecto al **INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSE DE GERONA**, se evidencia que en efecto, se acreditó comunicación del Ministerio de Protección Social (fol. 342 y 343 e. físico), el cual conceptuó sobre la posibilidad de aceptación de un contrato de cuentas en participación para las reclamaciones con cargo a la subcuenta ECAT, concepto que señaló que no se consideraba viable la constitución de estos contratos para los fines ahí establecidos. En igual sentido, obra concepto de la Superintendencia de Salud (fol. 344 a 346); y a folio 349 y 350 obran acta de análisis del contrato con GEHOS de julio 6 de 2005 donde consideran no viable el contrato de cuentas en participación y seguidamente comunican a GESTIÓN HOSPITALARIA la terminación del contrato a partir de 30 de octubre de 2005, documentos no controvertidos o desconocidos.

La anterior documentación permite establecer que la relación contractual en los términos del contrato de cuentas en participación no se llevó a cabo, y que la sociedad demandada antes citada ni descubrió su carácter de asociado oculto ante FINANCIAMOS LTDA., no participó en el contrato de fiducia mercantil (el cual por demás indicaba el contrato que debía hacerse en asocio con ellos sin que se haya realizado así o por lo menos no hay prueba de ello), ni recibió dineros del patrimonio autónomo.

Ahora bien, no se puede discutir que pese a que existió una relación contractual entre GESTIÓN HOSPITALARIA y el **INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSE DE GERONA**, como se observa dictaminado en el peritaje presentado por la contadora LEDYS ALEXANDRA AMEZQUITA, ésta no se fundamentó finalmente en el contrato de cuentas en participación, sino en una relación que de hecho se estableció entre las partes, al concluir que no podía tercerizarse el cobro del servicio contratado y que no era viable hacerlo a través de ese tipo de contratos, por tanto, ninguna obligación le asistía a esta entidad frente a FINANCIAMOS LTDA y mucho menos frente a la personas naturales DIANA SOCORRO LARRARTE, HERNAN NIKAIDO SAKUMA, MARLEN NUÑEZ DE RESTREPO, y JORGE SEJNUI SAHYER, con quienes ningún nexo contractual ni extracontractual tuvo.

No existe prueba alguna de que el **INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSE DE GERONA** haya emitido instrucción alguna a la fiduciaria o haya sido beneficiaria de instrucción alguna por parte de GESTIÓN HOSPITALARIA S.A. o haya expresado de alguna manera vinculo alguno con el fideicomiso.

A igual conclusión se arriba en relación con **SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA**, frente al cual se acreditó la exclusión de su calidad de beneficiario por medio de “otro sí” al contrato de fiducia mercantil, del 23 de agosto de 2006, como quedó dicho en la exhibición de documentos de FIDUPREVISORA S.A. (fol 64 cuaderno pruebas demandante despachos comisorios). Evidenciándose además que de la subcuenta en la fiducia por este contrato de cuentas en participación, ningún dinero recibió esta entidad o instrucción de pago a su favor.

Así pues, no se observa el cumplimiento de los elementos axiológicos de la responsabilidad civil frente a estas entidades que no intervinieron finalmente en el contrato de fiducia mercantil, ni revelaron su condición de asociados ocultos en el contrato de cuentas en participación frente a FINANCIAMOS LTDA., ni recibieron dineros del patrimonio autónomo.

No está de más indicar que no por el hecho de que en los contrato de cuentas en participación se haya pactado que el asociado inactivo se obligaba a “seguir prestando el servicio de salud a la comunidad usuaria víctimas de accidentes de tránsito o de eventos catastróficos...”, estaba revelando su calidad de asociado inactivo para los efectos del objeto del contrato de cuentas en participación, pues así lo da a entender el apoderado en el líbello inicial, como si desde la misma suscripción del los contratos el asociado inactivo estuviese revelando su calidad, no obstante, contrario a lo dicho, en el contrato celebrado por el **INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSE DE GERONA y GESTIÓN HOSPITALARIA**, en la cláusula tercera se pactó: *“PUBLICIDAD: EL ASOCIADO GESTOR, es el encargado de desarrollar el objeto del contrato, pero EL ASOCIADO INACTIVO sólo se dará a conocer como tal ante terceros cuando sea responsable de obligaciones por su labor o gestión. Este conocimiento se hará ante las autoridades administrativas y judiciales cuando se haga necesario con la ley.”*.

Y en el contrato entre SERVICIOS MÉDICO LA CAMELIA LTDA Y GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., en su cláusula tercera se pactó: *“PUBLICIDAD: EL ASOCIADO GESTOR es el encargado de desarrollar el objeto del contrato, pero el socio inactivo se dará a conocer como tal ante terceros, cada asociado será responsable de las obligaciones que contraiga ante las autoridades administrativas, judiciales y tributarias en el desempeño y giro ordinario de su propio negocio.”*

Los asociados inactivos entonces se darían a conocer ante terceros y autoridades por razón de su labor o gestión, o en el giro ordinario de su propio negocio, cual era el de prestar el servicio médico, más no frente a la intervención de FINANCIAMOS LTDA. Como acreedora de GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., frente a la cual ningún conocimiento tuvo dichas entidades.

Es más de los contratos de cuentas en participación se evidencia **que en ninguna parte se estableció que GESTIÓN HOSPITALARIA S.A. podría celebrar contratos de mutuo para financiar su actividad y que dichos dineros se pagarían con cargo a la fiducia**. Habiendo sido esta una actuación unilateral de GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., sin ningún tipo de vínculo o conocimiento de los asociados inactivos.

Por tanto, el despacho no encuentra probados los elementos de la responsabilidad contractual de estas entidades frente a FINANCIAMOS S.A.S. (antes LTDA).

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL SUBSIDIARIA.

Refulge de lo antes analizado que tampoco se encuentran acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual: i) **la existencia del daño**, ii) **la culpa del causante o autor del daño padecido** y iii) **la relación de causalidad entre ésta y aquél**.

En primer término, no puede existir culpa de las demandadas I.R. SAN JOSÉ DE GERONA, Y S.M. LA CAMELIA LTDA frente a DIANA SOCORRO LARRARTE SABA, HERNAN NIKAI DO SAKUMA,

MARLEN NUÑEZ DE RESTREPO y JORGE SEJNAUI SAYHER, como prestamistas de FINANCIAMOS o de GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., dado que ni conocían de su participación en relaciones negociales con FINANCIAMOS, mucho menos con GESTIÓN HOSPITALARIA ni con FIDUPREVISORA, ni en los contratos de cuentas en participación se estableció la posibilidad de recibir estos préstamos o financiaciones por parte de terceros y en especial de la corredora o los prestamistas aquí mencionados. Ni en el contrato de fiducia, como ya se estableció, participaron dichas instituciones. Por lo que ningún deber legal podía exigirse de su parte frente a los demandantes, estableciéndose así que no existe acreditado culpa y daño frente a las instituciones I.R. SAN JOSÉ DE GERONA, Y S.M. LA CAMELIA LTDA.

CONCLUSIÓN.

Los argumentos antes expuestos determinan que las excepciones de la fiduciaria están llamadas al fracaso por las razones aquí expuestas al encontrarse acreditados los presupuestos de la responsabilidad contractual de parte de FIDUPREVISORA S.A. Y GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., y de otro lado, que se hace innecesario estudiar excepción alguna de las demandadas I. R. SAN JOSE DE GERONA y SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA. por no encontrarse cumplidos los requisitos de la responsabilidad civil de estas. Esto es, ni contractual (porque ningún vinculo contractual les une con FINANCIAMOS S.A.S.), ni extracontractual, ya que ningún deber legal quebrantado se avizora de dichas instituciones frente a la última citada, o frente a las personas naturales demandantes.

Así las cosas es la conducta negligente de la Fiduciaria y el incumplimiento de GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., la fuente del daño sufrido por FINANCIAMOS S.A.S., quien contrario a lo que dijo la defensa, sí es beneficiaria del contrato de fiducia porque es cierto que es acreedora de GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., que era beneficiaria de la fuente de pago contenida en los certificados fiduciarios considerados irrevocables como el contrato de fiducia, pero que además no se probó revocatoria válida del contrato de fiducia en favor de GESTIÓN HOSPITALARIA, ni instrucciones de pago por cada desembolso que se hizo a GESTIÓN HOSPITALARIA luego de que había emitido instrucción de pago con reservas del fideicomiso a favor de FINANCIAMOS, que el objeto del contrato de fiducia según “otro sí” del 10 de agosto de 2005 o su finalidad era también la cancelación de las obligaciones adquiridas por el fideicomitente, luego los préstamos de ésta estaban a cargo del fideicomiso.

Es por todo lo anterior, que han de concederse las pretensiones de responsabilidad contractual de FIDUPREVISORA S.A. Y GESTIÓN HOSPITALARIA S.A. frente a FINANCIAMOS S.A.S., se negarán las pretensiones principales frente a **INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSÉ DE GERONA y SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA**, y la totalidad de las pretensiones subsidiarias por las razones aquí expuestas.

Por lo aquí expuesto, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito De Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR civilmente y contractualmente responsables de los daños y perjuicios causados a FINANCIAMOS S.A.S., a los demandados FIDUPREVISORA S.A. y GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., con ocasión de las consideraciones vertidas anteriormente.

SEGUNDO. DECLARAR no probadas las excepciones de la parte demandada FIDUPREVISORA.

TERCERO: NEGAR las pretensiones principales contra **INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSÉ DE GERONA y SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA.**

CUARTO: NEGAR las pretensiones subsidiarias.

QUINTO: RECONOCER a favor de FINANCIAMOS S.A.S. y a cargo de los demandados FIDUPREVISORA S.A. y GESTIÓN HOSPITALARIA S.A., de manera solidaria, el pago de la suma de \$241.437.741.00.¹⁰

La anterior suma deberá ser pagada dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta decisión. Si la parte demandada no procediere a sufragar los anteriores rubros, cancelará adicionalmente a favor del demandante intereses moratorios regulados por la Superintendencia Financiera.

SEXTO: CONDENAR en costas a los demandados FIDUPREVISORA S.A. y GESTIÓN HOSPITALARIA S.A a favor de **FINANCIAMOS S.A.S.** Por concepto de agencias en derecho de esta instancia, se fijan **\$10.000.000.**

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a los demandantes, a favor de **INSTITUTO DE RELIGIOSAS DE SAN JOSÉ DE GERONA y SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA.** Por concepto de agencias en derecho de esta instancia, se fijan **\$10.000.000.**


ESTEPHANY BOWERS HERNANDEZ
Juez

JUZGADO 04 CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

EN ESTADO Nro. **066** DE HOY **19 ABR 2024**
NOTIFICO A LAS PARTES EL CONTENIDO DEL AUTO QUE
ANTECEDE.

LINDA XIOMARA BARON ROJAS
Secretaria

¹⁰ Suma indexada desde mayo de 2007 (fecha de reclamación de FINANCIAMOS S.A.S. a FIDUPREVISORA S.A., bajo la fórmula VA = VH x IPC Final /IPC Inicial. O sea: \$109.302.285 x 141,48/64,05.