

A despacho del señor juez, el asunto que antecede. Sírvase proveer  
Santiago de Cali, 24 de agosto de 2020  
El secretario

**CARLOS VIVAS TRUJILLO**

**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO**

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veinte

(2020)

**RAD: 76001-31-03-002-2010-00289-00**

En cumplimiento a lo ordenado en el numeral segundo de la parte resolutive del auto que antecede, de conformidad a lo establecido en el artículo 321 del C. G. del Proceso en concordancia con el artículo 323 Ibídem, se dispone:

**PRIMERO: CONCEDER** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora en contra del fallo proferido No. 34 del 13 de julio de 2017.

**SEGUNDO: ENVÍESE el expediente** al Honorable Tribunal Superior de Cali para que surta la apelación concedida

NOTIFIQUESE  
EL JUEZ

  
VÍCTOR HUGO SANCHEZ FIGUEROA

L.E.S.G./

JUZGADO 002 CIVIL DEL CIRCUITO
SECRETARIA
11 SEP 2020
Cali, _____
Notificado por anotación en ESTADO No. <u>62</u> de esta misma fecha.
El Secretario,

CARLOS VIVAS TRUJILLO



**MUÑOZ MONTILLA**  
ABOGADOS ASOCIADOS  
Muñoz y Escruceria S.A.S

JUZ. 02. CIVIL. 070. CALI

JUL 24 '17 05:57

30  
522

Doctor  
JUAN CARLOS ARTEAGA CAGUASANGO  
JUEZ SEGUNDO (2º) CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI  
E. S. D.

MMA-468-17

**Referencia:** Proceso Ordinario de Mayor Cuantía adelantado por Financiamos S.A.S y Otros **contra** Clínica de Occidente S.A, Sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A y Fiduciaria La Previsora S.A **Rad: 2010-00-289-00**

**Asunto:** Recurso de Apelación

**JUAN CARLOS MUÑOZ MONTILLA**, mayor de edad, domiciliado y residente en Cali, abogado titulado identificado con la cédula de ciudadanía número 76.319.959 expedida en Popayán (Cauca) y provisto de la tarjeta profesional número 122.902 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mí condición de apoderado judicial de la parte demandante, a usted muy respetuosamente manifiesto que con fundamento en el artículo 320 del Código General del Proceso, interpongo **RECURSO DE APELACIÓN** contra la Sentencia No. 34 proferida el 13 de julio de 2017 y notificada mediante estados el día 18 de del mismo mes y año.

#### **PETICIÓN:**

Solicito revocar la Sentencia No.34 de fecha 13 de julio de 2017, mediante la cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, declaró probadas las excepciones propuestas por las sociedades demandadas, la Clínica de Occidente S.A. y Fiduciaria La Previsora S.A., y en su lugar esa alta corporación REVOQUE la decisión contenida en la sentencia impugnada y condene al reconocimiento y pago por parte de las DEMANDADAS, de las sumas deprecadas en la demanda, por el incumplimiento de las obligaciones previstas en el Contrato de Fiducia Mercantil de Recepción, Administración, Inversión y Pagos No. 3-1-0058 de fecha 8 de Abril de 2005, y de las instrucciones contenidas en el Certificado Fiduciario, expedido por LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. a favor de FINANCIAMOS S.A.S.

#### **SUSTENTACION DEL RECURSO:**

Constituyen argumentos que sustenten el recurso de apelación, los siguientes:

**A. De los errores en que incurrió la Sentencia objeto de impugnación:**

**1. Falta de delimitación de la naturaleza de las reclamaciones por responsabilidad contractual o extracontractual.**

El Despacho refiere en el fallo objeto del presente recurso, que la reclamación se enmarca dentro de la modalidad de responsabilidad civil extracontractual, pero posteriormente, tanto en la relación que hace de los antecedentes del plenario, como en sus consideraciones concluye que se trata de una responsabilidad contractual.



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escrucería S.A.S

A lo largo de sus argumentaciones no diferencia las dos (2) categorías de responsabilidad, sino que menciona en diferentes apartes la ausencia de prueba de los elementos de la responsabilidad tanto de la contractual como de la extracontractual, basado **“exclusivamente en la ausencia de vínculo contractual”**.

No cabe duda que, la demanda fue clara en delimitar en su *causa petendi* como en la pretensiones, la causa (actos o negocios), la relación de causalidad y el daño causado, a tal punto que todo se concretó en la acumulación técnica de las pretensiones, formulando como principal la contractual y de forma subsidiaria la extracontractual

Por tanto, el Despacho al así fallar no realizó la correcta identificación de las dos modalidades de responsabilidad al fundamentar todo sus razonamientos en la falta de demostración de la relación o vínculo contractual, olvidando la existencia de otros negocios jurídicos que si existen y vinculan a las partes. O incluso, desconociendo las actuaciones que proviniendo de dichos contratos celebrados afectaron por negligencia de los demandados, el patrimonio de los demandantes, al actuar de mala fe, con clara violación de sus deberes contractuales, profesionales y legales.

## 2. El a quo desconoce la calidad de beneficiarios del contrato de fiducia de los demandantes.

La sentencia afirma que en la demanda se parte de la premisa o se sugiere que los demandantes hicieron parte del Contrato de Fiducia Mercantil de Recepción, Administración, Inversión y Pagos No. 3-1-0058 de fecha 8 de abril de 2005, apreciación que en sentir del funcionario de primera instancia no coincide con la causa pretendí que legitima la reclamación.

En efecto, el Despacho a folio 8 de la Sentencia afirmó erróneamente que: *“Contrario a las afirmaciones de la parte demandante, es de referir que dentro del contrato celebrado entre las sociedades demandadas, la parte actora no tuvo participación alguna en el mismo ni en la estructuración del negocio celebrado entre la fiduciaria y los fideicomitentes”*

Bien vale precisar que desde la demanda se narró claramente que el contrato fue estructurado, celebrado y perfeccionado exclusivamente entre la UNION TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE (CLINICA DE OCCIDENTE S.A. – GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A.) y la sociedad FIDUPREVISORA, el 8 de Abril de 2005, fecha en la cual según se ha demostrado se encontraba vigente dicha Unión Temporal.

Posteriormente, como también se probó los demandantes entraron a participar de la ejecución del contrato fiducia, al obtener el reconocimiento de beneficiarios de fuente de pago, de conformidad con el Certificado Fiduciario, expedido por LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. a favor de FINANCIAMOS S.A.S., en ejecución del contrato de Fiducia Mercantil de Recepción, Administración, Inversión y Pagos No. 3-1-0058 de fecha 18 de Abril de 2005 y con cargo al Patrimonio Autónomo denominado “U.T. SOAT DE OCCIDENTE DE CALI”.

Por tanto, el Despacho se equivoca al manifestar, a folio 8 de la Sentencia, que: *“En el mismo orden obra a folio 115 del cuaderno principal el certificado señalado por el demandante como garantía otorgada por los demandados...”*

En la demanda, nunca se afirmó que el certificado emitido por instrucciones de las sociedades integrantes de la UNION TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE (CLINICA DE OCCIDENTE S.A. – GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A.), mediante comunicación de fecha 15 de Abril de 2005, fuera de

503



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escruceria S.A.S

garantía. Porque el contrato de fiducia mercantil no era de la modalidad de garantía ni la instrucción de la cual resulta la certificación emitida por la FIDUCIARIA PREVISORA de fecha 18 de abril de 2005, fuera emitido como un certificado de fiducia de garantía.

Por el contrario, lo que se afirmó y probó es que el certificado fiduciario junto con las estipulaciones contenidas a favor de FINANCIAMOS S.A.S. (antes LTDA.), era la fuente de pago proveniente del Patrimonio Autónomo denominado "U.T. SOAT DE OCCIDENTE DE CALI", lo que con los títulos de deuda instrumentaron una operación debidamente caucionada o respaldada, especialmente, porque al participar una sociedad fiduciaria se tenía la garantía del cumplimiento de las instrucciones ya impartidas por los fideicomitentes, así como la estipulación a favor de un tercero contenida en el certificado fiduciario que por disposición del artículo 1506 del C.C., resultaba de carácter irrevocable, situación ignorada por la fiduciaria y no valorada por el juez de primera instancia.

**3. Desconocimiento del a quo de las instrucciones impartidas por los demandados y de la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de un tercero beneficiario.**

El Despacho desconoció no solo el alcance de las instrucciones impartidas por los fideicomitentes a favor de FINANCIAMOS S.A.S., sino de las obligaciones contractuales, legales y profesionales a cargo de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., contenidas tanto en el contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE (CLINICA DE OCCIDENTE S.A. – GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A.) y la sociedad FIDUPREVISORA, el 8 de Abril de 2005, así como en el certificado fiduciario de fecha 18 de abril de 2005 por valor de \$525.126.031,00 M.L.

Las instrucciones habían sido impartidas por la UNION TEMPORAL, mediante su comunicación de fecha 15 de Abril de 2005, instrucciones que por ser claras dieron origen a la emisión por parte de FIDUPREVISORA S.A., del certificado fiduciario de fecha 18 de abril de 2005, y por tanto, hacían parte de la órbita de sus obligaciones contractuales previstas en el certificado, el acto constitutivo del fideicomiso, como también, de los deberes legales y profesionales a cargo de la sociedad fiduciaria. Por tanto, al así haber estipulado a favor de FINANCIAMOS S.A.S., dicha disposición era irrevocable por su naturaleza legal.

Desconocer el efecto vinculante al certificado fiduciario de fuente de pago así emitido y aceptado, lleva al absurdo de concluir que no era necesaria su emisión porque carecía de efecto vinculante, pero que solo se emitió para dar el gusto a FINANCIMAMOS S.A.S. o para cumplir la formalidad a la maniobra engañosa que adelanto la UNION TEMPORAL, sin responsabilidad alguna para FIDUPREVISORA.

Sin embargo, si LA FIDUCIARIA FIDUPREVISORA hubiera dado cumplimiento a las instrucciones impartidas por LOS FIDIEOCMITENTES, y adicionalmente, sus obligaciones contractuales, legales y profesionales, la estructura de la operación hubiera estado no solo garantizada sino también blindada, al menos de irregularidades de parte de un profesional de servicios financieros como lo es FIDUPREVISORA.

**4. Del incompleto o nulo análisis de la estructura de la operación celebrada por las partes.**

Para el Despacho no fue comprensible el esquema de la operación, y por ello se equivoca al afirmar en la Sentencia impugnada, la ausencia de vínculo contractual directo con mis representados, cuando lo que se ha sostenido es la posición de beneficiarios por expresa disposición de los fideicomitentes, y la estipulación a su favor por parte de FIDUPREVISORA S.A.

El Despacho a folio 10 de la Sentencia, sostiene de forma equivocada que:

*"En este aspecto, no luce palmario el incumplimiento del contrato de fiducia en comento, o la*

524



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escrueria S.A.S

*inejecución del mismo por parte de FIDUPREVISORA S.A. y las sociedades GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. CLINICA DE OCCIDENTE S.A., circunstancia que conlleva a señalar que tampoco se denota el nexo causal de los daños reclamados con la conducta culposa o dolosa de las demandadas frente al resultado del negocio fiduciario, pues si bien confió la parte demandante en la existencia de recursos y en el normal funcionamiento de la actividad comercial de la unión temporal, la terminación del negocio fiduciario no refleja una conducta contraria al ordenamiento jurídico que determine la acusación de los perjuicios ahora reclamados por los actores, máxime cuando la fiduciaria no comprometió los recursos del patrimonio según orden irrevocable o mediante la constitución de un certificado de garantía, tal como intentó deducir FINANCIAMOS S.A.S. y demás demandantes, por consiguiente no se estructuró los elementos de la responsabilidad civil extracontractual respecto del nexo causal del daño y la conducta culposa de las demandadas”*

Bien vale aclarar que al haberse estipulado a favor de la sociedad FINANCIAMOS S.A.S, beneficiario de la fuente de pago con cargo a los recursos del Patrimonio Autónomo denominado U.T. SOAT DE OCCIDENTE DE CALI, no sólo se estipuló en su favor sino que la legitimó como un verdadero beneficiario del fideicomiso, con los derechos que el mismo Código de Comercio le reconoce.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1235 del Co. de Co. el beneficiario es titular no sólo de los derechos previstos en el acto constitutivo o en las instrucciones posteriores, si no por los mismos privilegios reconocidos en la norma.

Por tanto, si al momento de celebrarse el contrato de fiducia no existía beneficiario de los derechos o de los pagos. La ley permite justamente que la mentada calidad de beneficiario se pueda presentar posteriormente en infinidad de formas, según la voluntad del constituyente, esto es, ser el mismo fideicomitente desde el inicio o en el futuro, un tercero que tiene derecho a que se le restituyan los bienes, el tercero que tiene derecho a que se le transfieran derechos o recursos previo cumplimiento de las condiciones previstas en el contrato, o ser el tercero a quien se le deba pagar acreencias del fideicomitente como en el presente caso, etc., situación que fue totalmente soslayada por el funcionario de primera instancia.

#### **5. No reconocimiento del actuar antijurídico de las sociedades demandadas.**

El despacho erróneamente concluye que el actuar de la sociedad FIDUPREVISORA estuvo acorde con las disposiciones contractuales de las cuales no formaban parte mis representados, fundándose en el razonamiento que no tenía vínculo contractual alguno con ellas, y que por tanto, el contrato de fiducia se cumplió en debida forma.

En efecto, el fallo quita toda validez a las pruebas que demostraron el total de ingresos recibidos en el fideicomiso, y que no fueron destinados de acuerdo con las instrucciones que le habían sido impartidas, al afirmar a folio 9 de la Sentencia que *“De tal suerte, que el documento fechado 18 de abril de 2005 no puede inferirse como un certificado de garantía fiduciaria, y al eliminarse este componente de garantía, el certificado de fuente de pago señala que podrán ser pagadas acreencias hasta el monto allí señalado según la concurrencia de los recursos que sean incorporados al Fideicomiso” según lo ordene la unión temporal, máxime cuando en dicho documento tampoco se estableció que se trataba de una orden irrevocable de pago a favor de FINANCIAMOS S.A.S., en consecuencia tampoco es posible endilgar incumplimiento de la fiduciaria FIDUPREVISORA S.A. al no atender obligaciones sin la orden expresa de la unión temporal, como tampoco podrá hacerlo a través de recursos distintos de los pertenecientes al patrimonio autónomo.”*



## MUÑOZ MONTILLA

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escruceria S.A.S

Adicionalmente, a folio 9º de la Sentencia descarta la existencia de una relación contractual, porque en su entender no se trataba de un certificado de garantía fiduciaria, pues: *"De tal manera al no estar demostrado el primero de los requisitos para que encuentre prosperidad la acción intentada, esto es la existencia de un contrato válido, el juzgado queda relevado de analizar los restantes presupuestos respecto de la responsabilidad civil contractual..."*

Por tanto, en el fallo objeto de alzada no se aprecia un ejercicio de revisión alguna ni de fondo sobre el actuar profesional, de asesoría de información y consejo por parte de la fiduciaria, como tampoco las otras obligaciones diferentes al pago a favor de un tercero, como es la custodia de los bienes que le fueron transferidos como era la cartera emitida por la unión temporal y que era propiedad del patrimonio autónomo que serviría como fuente de pago.

Las instrucciones habían sido impartidas por la UNION TEMPORAL, mediante su comunicación de fecha 15 de Abril de 2005, instrucciones que por ser claras originaron la emisión del certificado fiduciario de fecha 18 de abril de 2005, y por tanto, hacían parte de la órbita de obligaciones a cumplir, además de las obligaciones contractuales previstas en el acto constitutivo del fideicomiso, sino, también los deberes legales y profesionales a cargo de la sociedad fiduciaria.

Justamente, si FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. hubiera cumplido las instrucciones que los fideicomitentes le impartieron mediante comunicación de fecha 15 de Abril de 2005, al administrar en forma profesional los dineros que ingresaran al fideicomiso debió dar cumplimiento estricto a las instrucciones que ya le habían sido impartidas. En la prueba Pericial se pudo establecer los ingresos que obtuvo el patrimonio autónomo, y que se destinaron a pagos diferentes a los que debió realizar FIDUPREVISORA a favor de mis mandantes. Como también se probó que la facturación no se transfirió al Patrimonio Autónomo, lo cual le hubiera permitido cumplir con los pagos previamente ordenados y contenidos en el certificado fiduciario.

Olvidó el despacho, que conforme al clausulado del contrato de fiducia mercantil y el certificado fiduciario, LA DEMANDADA, la sociedad FIDUPREVISORA S.A., tenía claramente establecidas obligaciones no solo con LOS FIDEICOMITENTES, sino con los DEMANDANTES en su calidad de beneficiarios con lo son mis representados, ya que estaba obligada a ejecutar el objeto consagrado en la Cláusula Primera del Contrato de Fiducia Mercantil de Recepción, Administración, Inversión y Pagos, protegiendo los bienes del fideicomiso y por tanto, no permitir que la administración y recaudo de cartera que era propiedad exclusiva del patrimonio autónomo, los realizaran directamente los fideicomitentes.

Por tanto:

- Incumplió los Numerales 1, 4 y 5 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Fiducia Mercantil al no constituir un Patrimonio Autónomo con la totalidad de los bienes objeto del Contrato, por cuanto su deber era velar por la constitución del patrimonio autónomo con la totalidad de los bienes que eran propiedad del "FIDEICOMISO UNIÓN TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE CALI", proveniente de la cartera emitida por el FIDEICOMITENTE, la Unión Temporal SOAT DE OCCIDENTE CALI, conformada por Clínica de Occidente S.A, y la Sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y dar cumplimiento a las instrucciones irrevocables impartidas por los fideicomitentes en la carta de fecha 15 de Abril de 2005 en la cuales le solicitaban la expedición de un (1) certificado fiduciario a favor de FINANCIAMOS S.A.S. con el fin de instituir como beneficiario y respetar la prelación de pagos establecida a su favor.
- Incumplió sus deberes previstos en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, de



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escruceria S.A.S

proteger los bienes fideicomitidos contra actos de terceros o del fideicomitente, al permitir que los recursos que eran propiedad exclusiva del patrimonio autónomo, fueran consignados directamente a los fideicomitentes y no exigir su devolución.

- Incumplió el # 4 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Fiducia Mercantil al no Informar a los fideicomitentes, que los recursos recibidos en la cuenta del fideicomiso y sus rendimientos no eran suficientes para atender las obligaciones caucionadas con el certificado fiduciario de fecha 18 de Abril de 2005, y exigirles que se sirvieran suministrar los fondos necesarios para cubrir las obligaciones pendientes de pago. Así como, al incluir nuevos beneficiarios, por la falta de capacidad de pago del patrimonio y que los recursos recibidos en la cuenta del fideicomiso y sus rendimientos no eran suficientes para atender las obligaciones caucionadas con el certificado.
- Incumplió los deberes frente al cliente financiero previstos en el artículo 24 de la Ley 795 de 2003, como actuar de buena fe, brindando información, consejo, asesoría y lealtad, a favor de FINANCIAMOS S.A.S. (antes Ltda.) como beneficiario del certificado fiduciario de fecha 18 de Abril de 2005.

Por tanto, la DEMANDADA, FIDUPREVISORA S.A., en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales, debió verificar, hacer seguimiento y adelantar las gestiones para que la facturación o cartera que le pertenecía al fideicomiso, realmente fuera transferida al patrimonio autónomo, incluso iniciando las acciones legales contra los FIDIECOMITENTES o las ASEGURADORAS, para que lo hicieran, y evitar los incumplimientos que originaron la presente demanda.

La sentencia no mencionó en parte alguna la responsabilidad de FIDUPREVISORA S.A., como un profesional de administración de negocios ajenos, como entidad financiera obligada a cumplir labores de asesoría y consejo, atención al cliente financiero, a la naturaleza de las obligaciones de medio y de resultado asumidas al celebrar el contrato y emitir la certificación de fuente de pago.

Bien vale mencionar que, La jurisprudencia arbitral ha puntualizado que: "...en materia de responsabilidad civil de los profesionales, el ejercicio de tales profesiones no implica `solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está condicionado a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional', de donde se concluye que `la responsabilidad civil y por tanto la profesional, puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro' y agrega esta providencia que `la gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde la negligencia grave hasta el acto doloso'.<sup>1</sup>

En desarrollo de lo anterior, justamente se había establecido como deber de las entidades financieras de manera más exigente, en el artículo 24 de la Ley 795 de 2003, norma aplicable para la fecha de celebración del contrato de fiducia, lo siguiente:

*"4. Debida prestación del servicio y protección al consumidor.*

*4.1 Deber general. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que éstos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquéllas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones."*

<sup>1</sup> Cita del Laudo Arbitral de Leasing Mundial S.A. v. Fiduciaria FES S.A. Agosto 26 de 1997



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escruceria S.A.S

Parte del éxito de la operación estaba justamente en que FIDUPREVISORA S.A., actuara de manera profesional como una sociedad de servicios financieros y experta en administración de negocios ajenos. Aspecto que no fue valorado en forma alguna por el Despacho de primera instancia.

#### **6. El contrato de fiducia permaneció vigente después de la terminación de la UNION TEMPORAL.**

El Contrato de Fiducia Mercantil fue celebrado por el representante de la UNIÓN TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE S.A., durante su vigencia y no se terminó ni se liquidó entre las partes que lo celebraron.

El despacho desconoce que a la fecha de celebración del Contrato de Fiducia Mercantil de Recepción, Administración, inversión y pagos No. 3-1-0058, el pasado 8 de Abril de 2005, celebrado entre LA UNIÓN TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE S.A., compuesta por las sociedades GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., y la CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A., en calidad de Fideicomitentes con la sociedad FIDUPREVISORA S.A. (Visible a Folio 100 y siguientes del Cuaderno Principal), se encontraba vigente la Unión Temporal SOAT DE OCCIDENTE CALI, y que por tanto, el mismo seguía ejecutándose aun con posterioridad a la notificación entre las partes integrantes de la Unión, de su terminación.

En efecto, el Despacho no entra analizar las consecuencias que tiene para los integrantes de la UNION TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE, el haber celebrado contratos durante su vigencia, la vinculación de terceros de buena fe, la solidaridad frente al cumplimiento de las obligaciones de la Unión, entre otros temas.

Tampoco se aprecia en el fallo un análisis sobre la negligencia en cuanto a las gestiones de publicidad que debieron cumplir los integrantes de la Unión Temporal, al decidir su terminación, como informar a la Fiduciaria FIDUPREVISORA, al público en general y a FINANCIAMOS S.A.S.

#### **7. El Juez de Primera Instancia no analiza las obligaciones que nacen del contrato de Unión Temporal.**

El Despacho en la Sentencia objeto del presente recurso, omitió analizar la naturaleza, vigencia, responsabilidad, actuaciones, y muchos otros aspectos que resultaban en la obligación de carácter solidario entre las sociedades que conformaron la Unión Temporal SOAT DE OCCIDENTE CALI, esto es la Clínica de Occidente S.A. y la Sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.

En efecto, está claramente probado en el proceso la participación de las integrantes de la Unión Temporal en los actos y negocios jurídicos hasta el día 30 de abril de 2005, actuación consentida en forma expresa por las sociedades integrantes de la Unión Temporal, y con base en dichas actuaciones mis representadas procedieron a celebrar los contratos de mutuo que a la postre resultaron incumplidos.

No puede desconocerse que mis representados no fueron informados de la terminación del contrato de Unión Temporal SOAT DE OCCIDENTE CALI, esto es la Clínica de Occidente S.A. y la Sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., sino en fecha muy posterior, y solo ante las reclamaciones de incumplimiento realizadas por FINANCIAMOS S.A.S.

A tal punto llegó el grado de informalidad de las sociedades unidas, que ni siquiera a la misma sociedad FIDUPREVISORA S.A., le fue oportunamente informada la decisión de terminación de la Unión Temporal SOAT DE OCCIDENTE CALI, por parte de la Clínica de Occidente S.A. y la Sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., siendo que habían permitido celebrar un contrato de fiducia apenas días antes de dicha decisión, y hacer recibido recursos en calidad de mutuo por operaciones celebradas con mis representadas.

528



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escruceria S.A.S

Como consecuencia de este comportamiento, permitieron que el Contrato de Fiducia continuara vigente hasta fecha muy posterior, recibieran recursos provenientes de pagos de las aseguradores, pero sobre todo no cumplieran sus obligaciones con mis representadas.

**8. No reconocimiento de la relación causal entre el incumplimiento de las obligaciones con el daño irrogado a las demandantes.**

El Despacho no hizo análisis alguno del daño patrimonial irrogado a mis representadas, tanto por el actuar fraudulento de la UNION TEMPORAL, en cabeza de sus representantes, sus integrantes, como por la actuación negligente de FIDUPREVISORA S.A.

Por tanto, en la sentencia objeto del presente recurso brilla por su ausencia la aplicación de principios sustanciales a cargo del juzgador, como el deber de fallar bajo la regla *iura novit curia*.

En el derecho moderno sobre la responsabilidad, el análisis de la antijuridicidad de la conducta debe estar a cargo del juzgador, porque la carga procesal de la parte demandante es demostrar la existencia de los hechos que constituyen un actuar antijurídico y culpable, así como el daño patrimonial causado.

Como puede apreciarse en la relación de hechos, debidamente fundamentados en las pruebas que se acompañaron o practicaron en el proceso, se puede verificar que se presentó un daño económico cuantificable, injustamente causado por la omisión y negligencia de las DEMANDADAS, y por tanto, mis representantes no deben soportarlo y tienen legitimidad para presentar su reclamo e indemnización.

La aplicación del renombrado principio de reciente data, no resulta extraño en cuanto y tanto busca relevar al particular de la carga argumentativa, ya que además logra reconocer y cobijar al extremo su necesidad de protección e indemnización por el daño antijurídico sufrido y causado, el cual no está obligado a soportar.

**9. El a quo no sancionar la falta de carga procesal de la Clínica de Occidente de facilitar y colaborar con la diligencia de exhibición de documentos.**

Para el despacho, al no entrar a analizar las pruebas sobre el comportamiento de las sociedades integrantes de la Unión Temporal SOAT DE OCCIDENTE CALI, conformada por Clínica de Occidente S.A, y la Sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., dejó de aplicar normas sancionatorias aplicable a la falta de cumplimiento de las cargas procesales.

En concreto, respecto de la exhibición de documentos de contabilidad de la CLINICA DE OCCIDENTE, el señor Perito no tuvo acceso a la información que la Clínica estaba en la obligación legal de exhibir o permitir la experticia decretada por el Despacho, por lo cual, se debe dar aplicación a los efectos legales a la conducta renuente de la parte DEMANDADA.

En efecto, el señor Miguel Enrique Delgado Canizales, atendiendo la solicitud de complementación del dictamen, en el escrito radicado el pasado 16 de enero de 2017, manifestó que fue informado **por el Dr. JORGE H. VELEZ, quien manifestó que la CLINICA de OCCIDENTE, NO tiene documentos diferentes a los aportados a la Diligencia realizada en el Despacho en Marzo 15 y 16 del año anterior**". (Ver Folio 43 Cuaderno de Pruebas). Esta renuencia por parte de la CLINICA, impidió al perito complementar el dictamen en forma solicitada.

Bien vale recordar, que conforme a los artículos 10, 13 y los numerales 7º y 8º del artículo 20 del Código de



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escrueria S.A.S

Comercio y el Certificado de Matricula Mercantil de la sociedad CLINICA DE OCCIDENTE S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Cali, es una sociedad comercial debidamente registrada y que ejerce actos de comercio. Por tanto, de conformidad con el numeral 3º del artículo 19 *ibídem*, señala que es obligación de todo comerciante llevar la contabilidad de sus negocios conforme a las prescripciones legales.

Concordante con lo anterior, el artículo 66 del mismo cuerpo normativo, el cual establece la forma como se debe practicar la exhibición de los libros de contabilidad, indica que *"El examen de los libros se practicará en las oficinas o establecimientos del comerciante y en presencia de éste o de la persona que lo represente. El juez o funcionario hará constar los hechos y asientos verificados y, además, del estado general de la contabilidad o de los libros, con el fin de apreciar si se llevan conforme a la ley, y en consecuencia, reconocerles o no el valor probatorio correspondiente."*

Y seguidamente el artículo 67 *ídem* dice que: *"Si el comerciante no presenta los libros y papeles cuya exhibición se decreta, oculta alguno de ellos o impide su examen, se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponga demostrar, si para esos hechos es admisible la confesión"*. (Lo resaltado en negrilla es nuestro).

Como quiera que la SOCIEDAD CLINICA DE OCCIDENTE, ostenta la calidad de comerciante y no presentó al auxiliar de la justicia los libros de contabilidad requeridos por el Juzgado, se deben tener por probadas no solo las operaciones de crédito sino el recaudo de la cartera por parte de la CLINICA DE OCCIDENTE, ya que con dicha diligencia se pretendían probar como quiera que las mismas son susceptibles de confesión.

Con base en dicha prueba se pretendía obtener la documentación relacionada con las operaciones de la UNION TEMPORAL, de los recursos que le fueron girados por algunos de mis representados directamente a la Clínica de Occidente, a la facturación que posteriormente realizó y proveniente de los servicios del SOAT, y cuyos dineros no transfirió estando obligada al "FIDEICOMISO UNIÓN TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE CALI", administrado por FIDUPREVISORA S.A.

## **B. Sustentación jurídica del recurso de apelación**

### **1.1. De la Responsabilidad Civil y sus elementos:**

Como bien lo tiene sentado la doctrina, se debe partir del principio que para que haya responsabilidad civil debe existir un hecho violatorio del derecho ajeno, pues es a partir de ese suceso que surgen las acciones resarcitorias a favor del afectado con el hecho dañino, indistintamente si el hecho proviene, del incumplimiento de obligaciones previamente estipuladas en un determinado negocio jurídico, evento en el cual nos encontramos frente a la responsabilidad contractual, ora de un comportamiento fuera de un marco negocial, caso en el cual nos encontraremos ante una responsabilidad extracontractual o *aquiliana*. No cabe duda que es principio general de la responsabilidad civil que quien causa un daño a otro está obligado a repararlo.

En particular, en lo que atañe a la responsabilidad surgida de los negocios jurídicos, denominada responsabilidad contractual, la jurisprudencia de vieja data ha resaltado los elementos que deben demostrarse en el proceso para lograr la pretensión de declaratoria de incumplimiento y la correspondiente indemnización por daño irrogado al demandante.

Sobre el particular ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 14 de marzo de 1996:

*(...) Trátase aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil*



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escrueria S.A.S

**contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.**

*Sobre el particular tiene dicho esta Sala de la Corte: 'El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o el pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados'.<sup>2</sup> – Original sin resaltar.*

Como puede apreciarse, dentro de este marco es donde debe analizarse la actuación de las sociedades demandadas.

## **1.2. De la responsabilidad civil de las demandadas y los elementos que la componen.**

Los elementos que constituyen la responsabilidad civil a cargo de las sociedades demandadas, se encuentran debidamente acreditados en el proceso.

### **1.2.1. De la responsabilidad por el hecho propio – Actuaciones antijurídicas o culposas.**

El primer elemento que la responsabilidad civil reclama demostrar es la realización de un acto propio, enmarcado dentro de la acción o comisión de una conducta, de la omisión de sus deberes o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, legales o profesionales que se hubieran asumido al celebrar libremente un negocio jurídico.

La DEMANDADAS, las sociedades CLINICA DE OCCIDENTE S.A., GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., incurrieron en una serie de actos de incumplimiento de sus obligaciones contractuales y deberes profesionales, cuya prueba y reconocimiento implica declarar su responsabilidad dentro del proceso.

En el caso de marras, se tipificó como un contrato de fiducia mercantil contenido no solo en la ley y en el acuerdo de voluntades, sino, en los principios y deberes de conducta exigidos a un profesional como FIDUPEVISORA S.A. quien por el especial conocimiento que tiene de sus prestaciones, está en la obligación de hacer conocer al consumidor financiero, "no sólo las condiciones y calidades del bien o servicio que ofrece o se le demanda sino los riesgos y precauciones que han de tenerse en cuenta en relación con ellos"<sup>3</sup>.

El comportamiento de la DEMANDADA, SOCIEDAD FIDUPEVISORA S.A. marca el incumplimiento de sus obligaciones así como la responsabilidad de está debidamente acreditada en el proceso, con base en los documentos aportados y no tachados de falsos por la contraparte, y por tanto, son plena prueba de su existencia, alcance y compromiso a cargo de FIDUPREVISORA S.A.

En cuanto a las pruebas solicitadas y practicadas a instancias de mis representados, se puede apreciar

<sup>2</sup> Sala Civil - Corte Suprema de Justicia, Sent. de 14 de marzo de 1996, Exp. No. 4738, G.J. CCXL, pág. 407

<sup>3</sup> Rodríguez Azuero. Sergio. *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*. Bogotá, Legis, 2002, p. 181.



## MUÑOZ MONTILLA

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escrueria S.A.S

claramente lo siguiente:

En el plenario, existe plena prueba documental de los siguientes actos o negocios jurídicos:

1. La celebración del Contrato de Unión Temporal entre la Clínica de Occidente S.A. y la sociedad Gestión Hospitalaria S.A., el día 21 de Diciembre de 2003, denominado "SOAT DE OCCIDENTE CALI. (Visible a Folio 87 y siguientes del Cuaderno Principal)

2. La celebración del Contrato de Fiducia Mercantil de Recepción, Administración, inversión y pagos No. 3-1-0058, el día 8 de Abril de 2005, entre LA UNIÓN TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE S.A., compuesta por las sociedades GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., y la CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A., en calidad de Fideicomitentes con la sociedad FIDUPREVISORA S.A. (Visible a Folio 100 y siguientes del Cuaderno Principal)

3. La instrucción de fecha 15 de Abril de 2005, suscrita por el Representante convencional de la UNIÓN TEMPORAL SOAT DE COCIDENTE CALI., donde se instituyó como beneficiario de la fuente de pago constituida mediante el Contrato de Fiducia Mercantil a Financiamos S.A.S. (Antes Ltda.), por un valor de \$525.126.831.00. (objeto de exhibición de documentos por parte de la Fiduciaria).

4. El certificado de fiduciario de fecha 18 de abril de 2005, emitido por la Sociedad FIDUPREVISORA S.A., donde se certifica que se registra como beneficiario de la fuente de pago constituida mediante el Contrato de Fiducia Mercantil a Financiamos S.A.S. (Antes Ltda.), por un valor de \$525.126.831.00. (Visible a Folio 115 y siguientes del Cuaderno Principal)

5. El Otro Sí al Contrato de Unión Temporal de fecha 18 de Abril de 2005, donde se nombró como representante convencional principal al señor WILLIAM DE JUESÚS ACEVEDO MORALES y como suplente al señor ALBERTO DOMINGUEZ HENAO. (Visible a Folio 108 y siguientes del Cuaderno Principal)

6. El Oficio GF-DIR-05-217 de fecha 21 de Abril de 2005 mediante el cual se imparten instrucciones de giro a FINANCIAMOS SAS (Antes LTDA.), por el Representante Convencional Principal de la Unión Temporal, señor WILLIAN DE JESUS ACEVEDO MORALES. (Visible a Folio 110 y siguientes del Cuaderno Principal)

7. La modificación a las instrucciones de giro, mediante Oficio GF-DIR-05-219 de fecha 21 de Abril de 2005, suscrito igualmente por el Señor ACEVEDO MORALES en calidad de Representante Convencional de la Unión Temporal. (Visible a Folio 111 y siguientes del Cuaderno Principal)

8. Así como la prueba de los documentos de deuda (Pagares, solicitudes de créditos, cheques posfechados, etc.) suscritos por los miembros integrantes de la UNION TEMPORAL, y los desembolsos realizados por parte de FINANCIAMOS S.A.S. (antes Ltda). (Visible a Folio 35 y siguientes del Cuaderno Principal).

No hay duda alguna que documentalmente está debidamente probados no sólo la existencia de LA UNIÓN TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE S.A., compuesta por las sociedades GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., y la CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A., sino también del contrato de fiducia mercantil, la carta de instrucciones emitida para la expedición de la certificación de fuente pago, el mismo certificado fiduciario, pero sobre todo la prueba de las actuaciones negligentes tanto de LOS FIDEICOMITENTES como de FIDUPREVISORA S.A.

532



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escrueria S.A.S

Por tanto, la DEMANDADA, FIDUPREVISORA S.A., en cumplimiento de sus deberes contractuales y legales, debió verificar, hacer seguimiento y adelantar las gestiones para que la facturación o cartera que le pertenecía al fideicomiso, realmente le fuera transferida, incluso demandando a los FIDIECOMITENTES o a las ASEGURADORAS, para que lo hicieran, y evitar los incumplimientos que originaron la presente reclamación.

**1.2.2. De la naturaleza jurídica del certificado fiduciario de fuente de pago que deviene en una obligación contractual por parte del estipulante.**

El certificado fiduciario de fecha 18 de Abril de 2005 por valor de \$525.126.031,00 M.L., derivado de la instrucción impartida por la Representante Convencional de la UNION TEMPORAL, mediante comunicación de fecha 15 de Abril de 2005, en la cual se ordenó a FIDUPREVISORA S.A. registrar como beneficiario de la fuente de pago constituida mediante el Contrato de Fiducia Mercantil (310058 Unión Temporal SOAT de Occidente Cali) a FINANCIAMOS S.A.S. (Antes Ltda.), por valor de \$525.126.831.00., contiene una estipulación en favor de un tercero en los términos consagrados en el artículo 1506 del C.C., que en este caso es la Sociedad FINANCIAMOS S.A.

Por tanto, LA DEMANDADA, FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de PROMITENTE de la estipulación, debió cumplirla sin indebidas interpretaciones, por cuanto su tenor literal es absolutamente claro, y su modificación además de irrevocable necesariamente requería de la aprobación del beneficiario de la estipulación, en la medida que dicha estipulación fue aceptada por los demandantes como parte fundamental de la operación, en la medida que le fueron consignados en sus cuentas recursos provenientes del patrimonio autónomo, lo que constituye una aceptación tácita de la estipulación según las voces del artículo 1506 del C.C.

La Jurisprudencia Arbitral es clara al manifestar la relación de un tercero frente a un contrato de fiducia mercantil, a favor de quien se pactan estipulaciones de pago contenidas en certificados fiduciario. Sobre el particular señala:

*“Por su parte, el artículo 1506 del Código Civil reconoce expresamente la virtualidad que tiene la estipulación para otro de producir efectos jurídicos, al establecer que “cualquier puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado..”*

*“La doctrina mayoritaria explica que en los casos de estipulación para otro se presenta precisamente, un compromiso unilateral adherido a contrato, es decir, en aquellas hipótesis en que una persona (promitente) se obliga en favor de un tercero (beneficiario) en virtud de convención celebrada con otro (estipulante)...Así las cosas, ese beneficiario adquiere desde un comienzo, el derecho correlativo al compromiso unilateral que contrae el promitente, pero sujeto a la condición potestativa consistente en su propia aceptación. Cumplida la condición, los efectos que produce son retroactivos, por cuanto se considera que el derecho existe desde que se hace la estipulación...”*

*“ Por tanto, el compromiso unilateral adherido a contrato es fuente de obligación para el promitente y de crédito para el beneficiario, aplicándosele a aquel las reglas de la responsabilidad contractual, en caso de incumplimiento del compromiso asumido, según lo tiene definido la doctrina”.<sup>4</sup> – original sin resaltar.*

<sup>4</sup> Ludo Arbitral 26 de agosto de 1997, Leasing Mundial contra Fiduciaria FES S.A.



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escrucería S.A.S

Por otra parte, en reciente jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte de Suprema de Justicia, se realizó un profundo análisis de la naturaleza, alcance y responsabilidad de las estipulaciones a favor de un tercero dentro del contrato de fiducia mercantil:

*“Como tiene sentado la Corte, la estipulación para otro, es un negocio jurídico **“por cuya inteligencia, una de las partes (estipulante) designa y atribuye a un tercero el derecho inherente a la prestación debida por la otra (promitente), quien admite la estipulación y contrae la obligación de cumplirla a aquél, único legitimado para exigirla sin asumir prestación alguna y con cuya aceptación, aún por conducta concluyente, si el pacto es puro y simple o, siendo condicional, verificada la condición, se torna irrevocable, intangible e inmodificable (artículo 1506 Código Civil); presuponiendo, según ha advertido de vieja data la jurisprudencia, justamente por elemento estructural la presencia de un tercero, esto es, que el beneficiario de la prestación, “ni directamente ni por procuración ha intervenido en su celebración, y que en tal sentido ha sido totalmente extraña al mismo...”**”*

***El beneficiario no es parte de la estipulación a su favor, tampoco del contrato que la contenga, su posición es la de tercero en esa relación jurídica, y sus derechos son únicamente los de la prestación prometida acordada ex ante por los contratantes, estipulante y promitente. En orden a lo expuesto, inserta la estipulación a favor del tercero en un contrato, su derecho se restringe a la prestación prometida, sin convertirse en parte ni comprender los derechos u obligaciones de la relación entre el estipulante y el promitente o la del contrato entre éstas, desde luego que la titularidad, contenido y efectos de una u otra son diferentes.***

*Sentada esta premisa, en el negocio fiduciario, la posición jurídica del beneficiario interesado a cuyo favor se estipula el beneficio de la finalidad fiduciaria determinada por el constituyente, es la de tercero, y así se le denomine de forma diferente no deja de serlo, pues parte y tercero son nociones diversas.*

*Es preciso señalar, empero, que a diferencia de la estipulación a favor de un tercero regulada en general donde su derecho se circunscribe a la prestación estipulada, en la fiducia mercantil se concede legitimación tanto del tercero beneficiario cuanto del fiduciante para exigir el cumplimiento de la finalidad fiduciaria determinada en beneficio de aquél.*

*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 fideicomitidos, 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, idem).*



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escruceria S.A.S

*Empero, todas estas hipótesis, son distintas de la estipulación a favor de un tercero de la cual es típica la fiducia mercantil cuando por determinación exclusiva y autónoma del constituyente convenida con la fiduciaria, la finalidad deba realizarse en provecho de un tercero beneficiario, quien por esa virtud desde el acto constitutivo adquiere el beneficio con los derechos inherentes a éste consagrados en el acto constitutivo y en la ley, más no los de las partes, ni se convierte en parte, desde luego que las nociones de tercero y parte son diferentes.*

*Por consiguiente, aceptado el beneficio estipulado a su favor en la finalidad fiduciaria determinada por el constituyente, fiduciante o fideicomitente y acordada con el fiduciario, el tercero beneficiario no se convierte en parte del contrato ni asume los derechos y obligaciones de las partes, sino la inherente al derecho específico comprendido en la prestación prometida, para cuya defensa y preservación el legislador, sin embargo, extiende su legitimación concediéndole interés para ejercer determinados derechos reservados a quienes son partes contractuales, en procura de la finalidad fiduciaria instituida en su favor.”<sup>5</sup>*

Precisamente, al impartir la instrucción irrevocable de fecha 15 de Abril de 2005, por la Representante Convencional de la UNION TEMPORAL, mediante la cual ordenó a FIDUPREVISORA S.A. registrar como beneficiario de la fuente de pago a Financiamos S.A.S. (Antes Ltda.), por un valor de \$525.126.831.00., contiene una verdadera instrucción o estipulación dirigida al futuro promitente (LA FIDUCIARIA).

A su vez, FIDUPREVISORA en su calidad de PROMITENTE, al emitir el certificado fiduciario de fecha 18 de abril de 2005, instituyó como beneficiario de la fuente de pago constituida mediante el Contrato de Fiducia Mercantil a Financiamos S.A.S. (Antes Ltda.), estipuló a favor de un tercero, y por tanto, en su beneficio.

Por tanto, FIDUPREVISORA S.A. desconoció estos elementos esenciales de la estipulación contenida en la instrucción de fuente de pago emitida por la misma UNION TEMPORAL, la cual fue aceptada por la DEMANDADA FIDUPREVISORA S.A. al emitir el certificado de fiduciario de fecha 18 de abril de 2005, FIDUPREVISORA S.A., registrando como beneficiario de la fuente de pago constituida mediante el Contrato de Fiducia Mercantil (310058 Unión Temporal SOAT de Occidente Cali) a Financiamos S.A.S. (Antes Ltda.), por un valor de \$525.126.831.00.

Los negocios jurídicos deben ser interpretados de tal manera que produzcan efectos, como claramente lo advierten los artículos 1.620 y 1.621 del C. C., esto es, si se emitió un certificado donde se reconocía por parte de la demandada FIDUPREVISORA que se realizarían los pagos a favor de FINANCIAMOS SAS, debe primar esta interpretación, a la sostenida por el a quo de concluir que el certificado no generaba derecho alguno, sino que ameritaba una instrucción posterior.

### **1.2.3. Carácter solidario de las obligaciones ante el incumplimiento por parte de los integrantes de la Unión temporal.**

Las DEMANDADAS las sociedades GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., y la CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A., quienes conformaron LA UNIÓN TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE S.A., incurrieron en una serie de incumplimientos graves de sus obligaciones contractuales que fueron ignorados por parte del juez de primera instancia.

En efecto, el Contrato de Unión Temporal se celebró entre Las DEMANDADAS las sociedades GESTIÓN

<sup>5</sup> Sentencia de 1º de julio de 2009, M.P. Dr. William Namén Vargas, Corte Suprema De Justicia Sala de Casación Civil.



## MUÑOZ MONTILLA

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escruceria S.A.S

HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., y la CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A., el pasado 21 de diciembre de 2003. (Visible a Folio 87 y Siguietes del Cuaderno Principal).

La finalidad y responsabilidad de los integrantes de la Unión Temporal, está claramente prevista en la Cláusula Primera del contrato mencionado. En efecto, la Unión Temporal SOAT DE OCCIDENTE DE CALI, tiene como finalidad aunar esfuerzos empresariales entre los integrantes, destinados a la prestación de los Servicios de Salud a los usuarios víctimas de accidentes de tránsito y de eventos catastróficos así como manejar el proceso de facturación, cobro, recaudo y manejo de la cartera ante las aseguradoras del seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT), administradoras de los recursos del Fosyga y otras entidades del sector salud.

El Contrato de Unión Temporal se celebró entre Las DEMANDADAS las sociedades GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., y la CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A., con una vigencia de diez años, esto es hasta el 21 de diciembre de 2013. (Visible a Folio 87 y Siguietes del Cuaderno Principal).

Sin embargo, Las DEMANDADAS las sociedades GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., y la CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A., acordaron terminar el contrato de UNION TEMPORAL, según comunicación de fecha el día 11 de abril de 2005 suscrita por el Gerente de la clínica, señor James Augusto Osorio a partir del 30 de abril de 2005.

Las DEMANDADAS, las sociedades GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., y la CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A., no informaron de dicha decisión a mi representada FINANCIAMOS S.A.S. (antes Ltda), ni directamente ni a través de la sociedad FIDUPREVISORA.

Por el contrario, Las DEMANDADAS, las sociedades GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., y la CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A., continuaron ejecutando tanto el contrato de Union Temporal como el Contrato de Fiducia Mercantil, con mucha posterioridad a la fecha que los unidos habían decidido terminar dicho contrato.

En particular LAS DEMANDADAS, las sociedades GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., y la CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A., incumplieron de manera fehaciente las siguientes obligaciones:

a.- Administraron directamente el manejo, administración y recaudo de gran parte de los bienes (cartera) que eran propiedad del patrimonio autónomo constituido mediante Contrato de Fiducia Mercantil (310058 Unión Temporal SOAT de Occidente Cali), dando con ello lugar al deterioro de la solvencia y capacidad de pago del mismo.

b.- No trasladaron ni entregaron al Patrimonio Autónomo mencionado, la totalidad de los bienes que hacían parte del fideicomiso, para que estos cumplieran con la finalidad del acto constitutivo y sirvieran como fuente de pago de las obligaciones adquiridas con los demandados, tanto los recursos recaudados directamente como de los propios.

c.- Desatendieron sus propias instrucciones impartidas en carta de fecha 15 de Abril de 2005 en la que solicitaban el certificado fiduciario a favor de Financiamos y en las estipulaciones consagradas en el certificado fiduciario proferido por FIDUPREVISORA S.A., en el cual se establecía: *"que la Unión Temporal SOAT DE OCCIDENTE CALI, instituyó como beneficiario de la fuente de pago constituida mediante el Contrato de Fiducia mercantil (310058 Unión Temporal SOAT de Occidente Cali) a financiamos Ltda. Con NIT 805.031.160-3 por valor de 525.126.831.00), hasta la concurrencia de los recursos que sean incorporados al*

536



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escruceria S.A.S

fideicomiso".

d.- Desatendieron la prelación de pagos clara y expresamente consagrada a favor de Financiamos, pues ellos solo recibir los remanentes que quedaran después de servida la deuda con Financiamos.

e.- No actuaron con buena fe al no cumplir los deberes secundarios de conducta, específicamente el deber recíproco de información, pues "guardaron silencio" sobre la terminación del contrato de Unión Temporal celebrado entre la Clínica y Gestión Hospitalaria, hechos que de haberlos conocido la parte demandante, no hubieren celebrado las operaciones de crédito con la Unión a través del señor WILIAM DE JUESÚS ACEVEDO MORALES, representante legal convencional debidamente nombrado por los unidos mediante documento de fecha 18 de Abril de 2005, por el contrario, siguieron durante casi dos años después de terminada la unión, solicitando créditos a los demandantes y ofreciendo como fuente de pago los bienes fideicomitidos administrados por FIDUPREVISORA.

f.- Al solicitar mediante comunicación de fecha fecha 22 de Marzo de 2007 a la FIDUCIARIA FIDUPREVISORA, la prórroga del contrato de Fiducia Mercantil de Recepción, Administración, Inversión y Pagos No. 3-1-0058 de fecha 8 de Abril de 2005, por un año más, pese a encontrarse terminado EL CONTRATO DE UNION TEMPORAL.

### 2.3. Del daño.

La demostración del elemento del daño en la reclamación por responsabilidad civil resulta ser necesario para el éxito de las pretensiones. Señala el tratadista Alessandri, que: *"Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad de apreciarlo son indiferentes; la ley no las considera."*<sup>6</sup>.

De igual forma, se ha precisado que el daño cuenta con dos (2) características importantes para su existencia, esto es, que sea cierto y personal, el primero exige que el daño debe ser *"real, efectivo, tanto que, a no mediar él la víctima se habría hallado en mejor situación (...). Un daño no deja de ser cierto porque su cuantía sea incierta o indeterminada o de difícil apreciación. La certidumbre del daño dice relación con su realización, con el hecho de que haya ocurrido realmente y no con su cuantía, ni con la mayor o menor facilidad para determinarla o apreciarla."*<sup>7</sup>, mientras que el segundo, hace referencia a que debe establecerse que el hecho dañino causó un perjuicio a quien solicita le sea reconocida la indemnización<sup>8</sup>.

En el caso de marras, de los medios probatorios arrimados al expediente se acreditó sin dubitación alguna que LAS SOCIEDADES DEMANDADAS, al incurrir en conductas lesivas causaron daños a mis representadas, por cuanto, no cumplieron con sus obligaciones contractuales asumidas por cada una de ellas, daño que afecta patrimonialmente sus intereses.

En efecto, en el caso de las SOCIEDADES DEMANDADAS, la CLINICA DE OCCIDENTE S.A. GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., incumplieron sus obligaciones correspondientes al contrato de Unión Temporal, al contrato de Fiducia Mercantil y a los contratos de mutuo en desarrollo de los cuales recibieron los recursos en calidad de préstamo, por parte de mis representados.

<sup>6</sup>. Alessandri Rodríguez Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Santiago de Chile Imprenta Universal, 1987, T. I., p.210.

<sup>7</sup>. Alessandri Rodríguez Arturo, *Obra citada*, págs. 213, 214.

<sup>8</sup>. Pueden consultarse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 24 de junio de 1942. M.P.Dr. L. Escallón, G. J. T. LIII, N° 1938, pág. 656.



## MUÑOZ MONTILLA

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escruceria S.A.S

Sus actuaciones rayan no sólo con un comportamiento de mala fe, sino con el dolo, en la medida que recibieron directamente los recursos de la cartera previamente transferida al PATRIMONIO AUTONOMO, y por tanto, contaban con los dineros para pagar, en forma directa a mis representados o a FINANCIAMOS S.A.S., o transfiriéndolos al fideicomiso para que se realizara el pago a través de la fuente de pago.

Por su parte, LA DEMANDADA FIDUPREVISORA S.A., por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, no dio aplicación a las instrucciones impartidas y por ella reconocidas, de realizar pagos a favor de FINANCIAMOS, de manera preferente y privilegiada, no exigió a LOS FIDEICOMITENTES la entrega de los recursos que pertenecían al FIDEICOMISO, y finalmente, realizó otros pagos sin atender las instrucciones de las reservas para la deuda que le había sido impartidas.

### 2.3.1. La cuantía del daño.

Una vez determinado que efectivamente hubo daño, y que éste fue cierto, de las pruebas debidamente allegadas y solicitadas por la parte actora, así como de las practicadas dentro del proceso, se corroboró sin asomo de duda la cuantía del daño, así:

#### 2.3.1.1. Por daño emergente, las siguientes sumas de dinero:

La suma aproximada de **\$166.348.821.00 M.L.**, representados en los valores prometidos por FIDUPREVISORA S.A. en el certificado fiduciario de fecha 18 de Abril de 2005 y que equivalen al mismo valor del capital insoluto de los créditos otorgados por los mandantes de FINANCIAMOS S.A. a la CLINICA DE OCCIDENTE S.A. y a la sociedad GESTION HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. como miembros de la UNION TEMPORAL SOAT DE OCCIDENTE, y caucionados con dicho Certificado, o la suma que en su lugar se llegará a determinar, debidamente indexados.

El monto del capital correspondiente a cada uno de mis representados está claramente instrumentado en los siguientes PAGARES suscritos por el representante de la Unión Temporal, en algunos casos incluso firmados por la Clínica de Occidente, junto con su carta de instrucciones, acompañados a la demanda, así como las cartas de solicitud de crédito, solicitudes de prórroga, cheques posfechados y consignaciones aportadas.

#### 2.3.1.2. Por lucro cesante, las siguientes sumas de dinero:

Los intereses moratorios sobre los valores mencionados como daño, que deberán ser liquidados a la tasa moratoria máxima efectiva anual autorizada por las disposiciones legales existentes y, de acuerdo con la indicada por la superintendencia Financiera de Colombia, desde el 4 de Junio de 2007, fecha en que se realizó el primer requerimiento de pago por parte de FINANCIAMOS a FIDUPREVISORA S.A., hasta la fecha en que se produzca el pago de dicha condena, o en su defecto, la suma que en su lugar se llegare a determinar por parte del Despacho.

### 2.4. Del nexo de causalidad

En la medida que se trata de obligaciones dinerarias con plazos definidos, el incumplimiento en el pago de las obligaciones por parte de LAS SOCIEDADES DEMANDADAS, de conformidad con lo establecido tanto en la instrucción de fecha 15 de Abril de 2005, suscrita por el Representante convencional de la UNIÓN TEMPORAL SOAT DE COCIDENTE CALI., como en el Certificado Fiduciario de fecha 18 de abril de 2005, emitido por la Sociedad FIDUPREVISORA S.A., donde se deja constancia que se registró como beneficiario



**MUÑOZ MONTILLA**

ABOGADOS ASOCIADOS

Muñoz y Escrueria S.A.S

de la fuente de pago constituida mediante el Contrato de Fiducia Mercantil (310058 Unión Temporal SOAT de Occidente Cali) a Financiamos S.A.S. (Antes Ltda.), por un valor de \$525.126.831.00., causo daño patrimonial a mis representadas, y debe ser indemnizado en los elementos referidos.

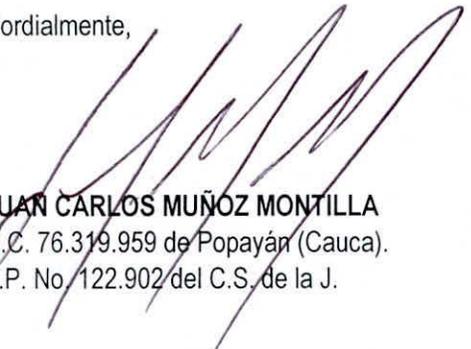
En este orden de ideas, las demandadas incumplieron con las obligaciones contractuales adquiridas tanto en el contrato de fiducia mercantil como en el certificado fiduciario expedido a favor de mi representada, de la misma forma, infringieron los principios de buena fe contractual y los deberes profesionales de información, asesoría y lealtad exigidos por las normas legales a la entidades financieras que prestan los servicios objeto de reproche. Incumplimientos que irradiaron perjuicios económicos que deben ser reconocidos por el juez de instancia y resarcidos por parte de la accionada.

Con base en lo anteriormente expuesto, muy respetuosamente solicito a esa Honorable Corporación,

### PETICIÓN

Se sirva **REVOCAR** la Sentencia No.34 de fecha 13 de julio de 2017, mediante el cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, declaró probadas las excepciones propuestas por las sociedades demandadas, la Clínica de Occidente S.A, la Sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A y Fiduciaria La Previsora S.A., y en su lugar se condene al reconocimiento y pago por parte de las DEMANDADAS, de las sumas deprecadas en la demanda, por el incumplimiento de las obligaciones asumidas a favor de FINANCIAMOS S.A.S. y los demás demandantes, en ejecución del contrato de Fiducia Mercantil, con cargo al Patrimonio Autónomo denominado "U.T. SOAT DE OCCIDENTE DE CALI".

Cordialmente,

  
**JUAN CARLOS MUÑOZ MONTILLA**  
C.C. 76.319.959 de Popayán (Cauca).  
T.P. No. 122.902 del C.S. de la J.

539