



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

MAGISTRADA PONENTE: ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil veintiséis (2026)

Radicación: 76001-23-31-000-2009-00698-01 (67728)
Demandante: Financiamos S.A. y otros
Demandado: Fiduciaria La Previsora S.A. y otros
Referencia: Controversias contractuales – CCA

TEMAS: JURISDICCIÓN – en virtud del criterio orgánico, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias y litigios derivados de contratos en los que sea parte una entidad pública. FUERO DE ATRACCIÓN – cuando la acción es dirigida simultáneamente contra una entidad pública y una persona de derecho privado, por un asunto del que normalmente conocería la jurisdicción ordinaria, siempre que los hechos y pretensiones conduzcan razonablemente a pensar que la responsabilidad del ente público puede verse comprometida, el proceso debe surtirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA – en ejercicio de la acción de controversias contractuales, cuando se formulan pretensiones relacionadas con un contrato de encargo fiduciario, los beneficiarios del fideicomiso cuentan con legitimación para demandar. CONTRATO DE MANDATO –el mandato es con representación cuando el mandatario revela su calidad ante terceros, es decir, cuando expresa que actúa a nombre del mandante, evento en el cual este último se obliga ante los terceros, en lugar del mandatario – los efectos económicos de la gestión desplegada por el mandatario deben reflejarse en el patrimonio del mandante, ya que es por cuenta y riesgo de este que se realizan las labores encomendadas – el mandatario tiene la obligación de trasladar a su mandante los resultados de su gestión. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – quien pretende la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal y su correspondiente condena debe acreditar, con suficiencia, la existencia del respectivo incumplimiento, como ocurre con cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad contractual.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 18 de febrero de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se declararon probadas, de oficio, las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y de falta de jurisdicción, esta última en relación con una de las pretensiones subsidiarias formuladas por la parte actora.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Entre 2004 y 2006, el Hospital Departamental Tomás Uribe Uribe de Tuluá E.S.E. y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. celebraron tres contratos de asociación y cuentas en participación, para la explotación de las operaciones mercantiles relacionadas con la atención médica y administrativa de las víctimas de accidentes de tránsito y eventos catastróficos que ingresaran a las instalaciones del Hospital. Para el manejo de los recursos de esta actividad, las partes suscribieron con Fiduprevisora S.A. el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020, de fecha 10 de septiembre de 2004.

Con el fin de obtener recursos para desarrollar el objeto de los contratos de asociación y cuentas en participación, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. contrató los servicios de corretaje de la sociedad Financiamos S.A. (antes Ltda.), para que esta la pusiera en contacto con inversionistas o comitentes que le



proporcionarán dinero a título de crédito o mutuo mercantil. En consecuencia, un total de 23 particulares —personas naturales y jurídicas— otorgaron créditos a favor de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., y celebraron un contrato de mandato con Financiamos S.A., para que este fuera el titular de las garantías y fuentes de pago otorgadas por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe, y exigiera su cumplimiento. Como fuente de pago de los mutuos, y en desarrollo del contrato de encargo fiduciario, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe ofrecieron la cobertura derivada de certificados fiduciarios, los cuales fueron expedidos por Fiduprevisora S.A. a favor de Financiamos S.A. —mandatario de los prestamistas—.

En ejercicio de la acción de controversias contractuales, los prestamistas, en conjunto con Financiamos S.A., solicitaron que se declare a Fiduprevisora S.A., al Hospital Tomás Uribe Uribe y a la sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. solidaria y contractualmente responsables por los perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del contrato de encargo fiduciario, su otrosí y los certificados fiduciarios. El Tribunal Administrativo del Departamento San Andrés, Providencia y Santa Catalina declaró probadas, de oficio, las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y de falta de jurisdicción, esta última en relación con una pretensión subsidiaria. Esta decisión fue apelada por la parte actora, solicitando su revocatoria para que, en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 14 de julio de 2009¹, Financiamos S.A. (antes Ltda.²) y otros³ presentaron demanda⁴⁻⁵, en ejercicio de la acción contractual, en contra de Fiduciaria La Previsora S.A. (en adelante, Fiduprevisora S.A.), de Gestión Hospitalaria de

¹ Según da cuenta el sello de radicación (folio 668 del cuaderno 1A).

² Según da cuenta el certificado de existencia y representación de Financiamos S.A., por medio de escritura pública No. 805 de del 21 de abril de 2008 de la Notaría Veintidós de Cali, inscrita en la Cámara de Comercio el 5 de junio del mismo año, la sociedad Financiamos Ltda. se transformó de sociedad limitada a sociedad anónima, bajo el nombre de Financiamos S.A. (Folio 607 del cuaderno 1A). Por lo anterior, en esta providencia se hará referencia —siempre que sea posible— a Financiamos S.A., que corresponde a la razón social de la compañía al momento de interponerse la demanda, con independencia de la época en que los hechos hayan tenido lugar.

³ La parte demandante está compuesta por Financiamos S.A. (antes Ltda.), Distribuidora Electrojaponés Ltda., Alba Esperanza Perdomo Toro, Amanda Villegas Gutiérrez, Barry Birmaher Baum, Carlos Faibel Ibarra Aya, Carlos Hernando Otálora Ospina, Carmenza Romero de Escobar, Ciro Nikaido Sakuma, Clara Inés Fernández Cabal, Clara Nikaido de Watanabe, Édgar José Yunda Vélez, Edgar Zapata León, Gloria Mercedes Ricaurte de Engel (actuando en nombre y representación de Elizabeth Engel Ricaurte), Germán Morimitsu Kage (actuando en nombre y representación de Silvia Morimitsu Kuboyama), Germán Morimitsu Kage (actuando en nombre propio), Guillermo Molta Fajardo, Guillermo Parra Álvarez, Luz Ángela Yusti Gutiérrez, Luz Ángela Corral Prado, María Teresa Gómez Montoya, Martha Lucía Peláez Guzmán, Miguel Ángel Arce Chávez y Roberto Castaño Velásquez.

⁴ Folios 610 a 668 del cuaderno 1A.

⁵ La demanda fue corregida mediante escrito presentado el 21 de julio de 2010, en lo que respecta a la solicitud probatoria (Folios 734 a 736 del cuaderno 1B).



Colombia S.A. y del Hospital Departamental Tomás Uribe Uribe de Tuluá E.S.E. (en lo sucesivo, el Hospital Tomás Uribe Uribe). Las **pretensiones** se dividieron en tres grupos, así:

1.1.1. Como **pretensiones principales**, la parte demandante solicitó la declaratoria de existencia y validez del contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020 de fecha 10 de septiembre de 2004, así como su otrosí de fecha 9 de septiembre de 2005, suscritos entre el Hospital Tomás Uribe Uribe, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y Fiduprevisora S.A. (**primera pretensión**). Adicionalmente, pidió la declaratoria de existencia y validez de los certificados fiduciarios expedidos por Fiduprevisora S.A. a favor de Financiamos S.A., en ejecución del contrato de encargo fiduciario referido anteriormente: **(i)** certificado fiduciario de fecha 15 de diciembre de 2005, por valor de \$416'000.000, y **(ii)** certificado fiduciario de fecha 14 de marzo de 2006, por valor de \$260'000.000 (**segunda pretensión**).

Por otra parte, el extremo activo solicitó declarar que Fiduprevisora S.A. obró con culpa en la administración del encargo fiduciario denominado «*Gestión Hospitalaria de Colombia Hospital Tomás Uribe Uribe*», e incumplió el contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020, por las siguientes conductas: haber permitido que la administración y recaudo de gran parte de los bienes que eran objeto del encargo las hubieran realizado directamente los fideicomitentes, deteriorando la solvencia y capacidad de pago del encargo fiduciario (**tercera y octava pretensión**); no haber constituido diligentemente un encargo fiduciario con la totalidad de los bienes objeto del mismo y haber desconocido las instrucciones irrevocables impartidas por los fideicomitentes, consignadas en los certificados fiduciarios, de que primero debían realizarse las reservas de recursos correspondientes a la deuda de Financiamos S.A. y los gastos del fideicomiso, antes de que los remanentes quedaran a disposición de los fideicomitentes, agregando que dichos certificados contenían «*promesas de pago*» a favor de Financiamos S.A. (**cuarta pretensión**).

También adujo que Fiduprevisora S.A. obró con culpa en la administración del encargo fiduciario por haber revocado los certificados fiduciarios, que eran irrevocables, lo cual ocurrió por haber exigido a Financiamos S.A. que, para efectuar los pagos, la solicitud la debía realizar directamente Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. (**quinta pretensión**); por haber desconocido la «*prelación de pagos*» establecida a favor de Financiamos S.A. en los dos certificados fiduciarios, al haberle entregado directamente a los fideicomitentes gran parte de los recursos del encargo, que fueron utilizados por estos últimos para fines distintos a cancelar la deuda con Financiamos S.A. (**sexta y octava pretensión**); y por no informar a los fideicomitentes ni a los beneficiarios de fuente de pago que los recursos recibidos en la cuenta del fideicomiso no eran suficientes para atender las obligaciones respaldadas por los certificados, ni exigirles que suministraran los fondos necesarios para cubrir las obligaciones pendientes (**séptima pretensión**).

Por último, alegó que Fiduprevisora S.A. incumplió «*con sus obligaciones profesionales de buena fe, información, consejo, asesoría y lealtad*», al ocultarle a



Financiamos S.A., como beneficiario de los certificados fiduciarios, que además de su expedición, para generar pagos, se requería de la solicitud directa de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. (**novena pretensión**).

Seguidamente, los demandantes pidieron declarar el incumplimiento contractual del Hospital Tomás Uribe Uribe y de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., en calidad de fideicomitentes, por los siguientes motivos: por haber realizado directamente la administración y recaudo de gran parte de los bienes que eran objeto del contrato, dando con ello lugar al deterioro de la solvencia y capacidad de pago del encargo fiduciario (**décima pretensión**); por no haber transferido al encargo fiduciario la totalidad de los bienes que debían ingresar allí, *«para que estos cumplieran con la finalidad del acto constitutivo y sirvieran como fuente de pago de las obligaciones adquiridas con los demandantes»* (**décima primera pretensión**); por no haber suministrado, de su propio patrimonio, los fondos necesarios para cubrir las obligaciones pendientes de pago con cargo al encargo fiduciario, cuando aquellos fueron insuficientes (**décima segunda pretensión**); por haber actuado de mala fe, al revocar las instrucciones que ellos mismos habían emitido mediante las cartas que solicitaban la expedición de los certificados fiduciarios a favor de Financiamos S.A., y al haber violado *«la prelación de pagos clara y expresamente consagrada a favor de Financiamos S.A. en los dos (2) certificados fiduciarios»*, ya que ellos sólo podían recibir los remanentes que quedaran después de haberse cancelado la deuda con Financiamos S.A. (**décima tercera y décima cuarta pretensión**).

Como consecuencia, solicitaron que se declare a Fiduprevisora S.A., al Hospital Tomás Uribe Uribe y a la sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., solidaria y contractualmente responsables por los perjuicios ocasionados a Financiamos S.A. producto del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020, su respectivo otrosí y los certificados fiduciarios (**décima quinta pretensión**). Con ocasión de dicha declaración, pidieron que se condenara a la parte demandada a pagar a Financiamos S.A., a título de indemnización de perjuicios, lo siguiente: *(i)* por concepto de daño emergente, la suma de \$676'000.000, equivalente a los valores prometidos por Fiduprevisora S.A. en los certificados fiduciarios de fechas 15 de diciembre de 2005 y 14 de marzo de 2006, o la suma que se llegare a determinar, debidamente indexada; y *(ii)* por concepto de lucro cesante, el monto correspondiente al perjuicio económico derivado de haber sido injustamente privado de obtener una ganancia lícita, que, a su juicio, se refleja en las comisiones que podría haber percibido en desarrollo de su objeto social. También solicitaron el reconocimiento de los intereses moratorios sobre los valores relativos al daño emergente y al lucro cesante, *«a la tasa moratoria máxima efectiva anual»*, desde la fecha en que terminó el contrato de encargo fiduciario hasta la fecha en que se produjera el pago de la condena (**décima sexta pretensión**).

1.1.2. De manera subsidiaria a las pretensiones de condena, que en el escrito de demanda se denominaron «primera serie de pretensiones subsidiarias», la parte demandante, por concepto de daño emergente, solicitó el pago de



\$653'952.545, como valor del saldo insoluto de los créditos otorgados por los mandantes de Financiamos S.A. a Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., respaldados con los certificados fiduciarios (**primera pretensión**). Por concepto de lucro cesante, pidió el pago de los intereses moratorios «*a la tasa moratoria máxima efectiva anual*» sobre los valores relativos al daño emergente y al lucro cesante, desde la fecha de la notificación de la demanda a los demandados hasta la fecha en que se produjera el pago de la condena (**segunda pretensión**).

1.1.3. De manera subsidiaria a las pretensiones declarativas principales, que en el escrito de demanda se denominaron «segunda serie de pretensiones subsidiarias»⁶, los demandantes solicitaron que se declarara la existencia y validez de los contratos de asociación y cuentas en participación No. 030 del 5 de agosto de 2004, 015 del 3 de enero de 2005 y 027 del 2 de enero de 2006, así como sus respectivos otrosíes, suscritos entre el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. (**primera pretensión**), así como también que se declarara la existencia y validez de los contratos de mutuo mercantil celebrados entre Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y las personas naturales y jurídicas que otorgaron créditos a esta sociedad (**segunda pretensión**). Pidieron, igualmente, que se declarara que, durante la ejecución de estos contratos, el Hospital Tomás Uribe Uribe «*reveló y autorizó que se conociera su calidad de partícipe inactivo, razón por la cual, en los términos del artículo 511 del Código de Comercio, debe responder solidariamente*» con Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. por las obligaciones adquiridas con sus prestamistas, ya que ambas sociedades solicitaron expresamente a Fiduprevisora S.A. la expedición de los dos certificados fiduciarios de fuente de pago a favor de Financiamos S.A. (**tercera y cuarta pretensión**).

Seguidamente, la parte demandante solicitó que se declarara que el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. son obligados solidarios de las operaciones de crédito celebradas con los particulares prestamistas y que «*incumplieron en la devolución de los dineros entregados a título de mutuo mercantil*» (**quinta pretensión**). Como consecuencia, pidió que se condenara solidariamente al Hospital Tomás Uribe Uribe y a Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. a pagar a cada uno de los particulares prestamistas, a título de indemnización de perjuicios, lo siguiente: (**i**) por daño emergente, el saldo insoluto de los créditos otorgados por los prestamistas, según la cifra correspondiente a cada uno de ellos, que ascienda a una suma total de \$653'952.545; y (**ii**) por lucro cesante, los intereses moratorios sobre el crédito insoluto, «*a la tasa moratoria máxima efectiva anual*», desde la fecha de vencimiento de cada operación hasta la fecha en que se produjera el pago de la condena (**sexta pretensión**).

1.2. En síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

1.2.1. El Hospital Tomás Uribe Uribe y la sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. celebraron los siguientes contratos de asociación y cuentas en participación:

⁶ Folios 618 y 619 del cuaderno 1A.



(i) No. 030 del 5 de agosto de 2004 y su otrosí del 24 de agosto del mismo año; (ii) No. 015 del 3 de enero de 2005 y su otrosí del 31 de enero siguiente; (iii) No. 027 del 2 de enero de 2006 y su otrosí del 28 de noviembre del mismo año. Según la cláusula primera, común a estos contratos, su objeto consistía en desarrollar y explotar las operaciones mercantiles relacionadas con la atención médica y administrativa de los pacientes víctimas de accidentes de tránsito y eventos catastróficos que ingresaran al Hospital Tomás Uribe Uribe.

1.2.2. Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., en calidad de asociado gestor, debía verificar que el paciente realmente fuera víctima de un accidente o evento de tal naturaleza, así como efectuar la labor administrativa asociada a la facturación, cobro, recaudo y manejo de cartera ante las aseguradoras del seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT). Por su parte, el Hospital Tomás Uribe Uribe, en calidad de asociado inactivo, se comprometió a seguir prestando el servicio de salud a la comunidad de Tuluá, en función de la capacidad del hospital.

1.2.3. En el marco de los contratos de asociación y cuentas en participación, las partes acordaron celebrar un contrato de «*fiducia de tesorería*» con Fiduprevisora S.A., para el manejo de los recursos correspondientes a ingresos y pagos resultantes de la ejecución del contrato de asociación y cuentas en participación.

1.2.4. El 10 de septiembre de 2004, el Hospital Tomás Uribe Uribe y la sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., en calidad de fideicomitentes, celebraron con Fiduprevisora S.A., en calidad de fiduciaria, el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020, y su respectivo otrosí, de fecha 9 de septiembre de 2005. En la cláusula primera se expresó que su objeto era constituir un encargo fiduciario sobre los recursos entregados por los fideicomitentes, provenientes de la ejecución de las obligaciones derivadas de los contratos de asociación y cuentas en participación suscritos entre estos, para que la fiduciaria procediera a su recepción, administración e inversión, y realizara los pagos ordenados por los fideicomitentes. Según el párrafo de dicha cláusula, el contrato de asociación y cuentas en participación No. 030 del 5 de agosto de 2004 y su otrosí del 24 de agosto del mismo año, así como el acta de aclaración suscrita el 8 de septiembre siguiente, hacían parte integral del contrato de encargo fiduciario.

En la cláusula segunda se pactó que los recursos del encargo fiduciario correspondían a los dineros provenientes del pago de las facturas emitidas por los fideicomitentes a las empresas aseguradoras y al FOSYGA. Luego, en la cláusula décima segunda del contrato, se indicó que este era irrevocable durante su vigencia.

1.2.5. Según la demanda, el Hospital Tomás Uribe Uribe reveló expresamente su participación en calidad de partícipe inactivo dentro de los contratos de asociación y cuentas en participación suscritos con Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 511 del Código de Comercio, se sostuvo que el Hospital Tomás Uribe Uribe devino solidariamente responsable frente a terceros



por las obligaciones adquiridas por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. en la ejecución de los contratos de asociación y cuentas en participación.

1.2.6. Con el fin de obtener recursos para desarrollar el objeto del contrato de asociación y cuentas en participación, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. contrató los servicios de corretaje de la sociedad Financiamos S.A., para que esta la pusiera en contacto con «*inversionistas o comitentes*» que le proporcionaran dinero «*a título de crédito o mutuo mercantil*». Como consecuencia de la actividad desplegada por Financiamos S.A., un total de 23 particulares —personas naturales y jurídicas—⁷ otorgaron créditos a favor de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y de la señora Claudia Jimena Cárdenas Soto, representante legal de esta sociedad.

1.2.7. Según la demanda, como garantía y fuente de pago de los créditos o mutuos suscritos con los particulares, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe ofrecieron la cobertura derivada de certificados fiduciarios que se emitirían en desarrollo del contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020.

1.2.8. Los prestamistas suscribieron un contrato de mandato con Financiamos S.A., en virtud del cual encargaron a esta sociedad ser titular de las garantías y fuentes de pago otorgadas por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y por el Hospital Tomás Uribe Uribe, y exigir su cumplimiento. Por instrucción de los fideicomitentes, Fiduprevisora S.A. expidió los siguientes certificados fiduciarios a favor de Financiamos S.A., para que estos sirvieran de fuente de pago de los créditos otorgados por los inversionistas, dentro de los cuales, según se afirmó en la demanda, cada uno de ellos tenía una participación correspondiente al monto y participación de su crédito:

FECHA DE EMISIÓN	VALOR NOMINAL
15 de diciembre de 2005	\$416'000.000
14 de marzo de 2006	\$260'000.000
TOTAL	\$676'000.000

1.2.9. De acuerdo con las instrucciones impartidas por los fideicomitentes y atendiendo a las promesas de pago emitidas por Fiduprevisora S.A. a favor de Financiamos S.A., a medida que los recursos ingresaran al encargo fiduciario, provenientes del pago de las facturas emitidas por los fideicomitentes a las empresas aseguradoras y al FOSYGA—, «*la fiduciaria estaba en la obligación de destinarlos preferente y prevalentemente al pago de las obligaciones adquiridas por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y/o el Hospital Tomás Uribe Uribe*».

1.2.10. Debido a los incumplimientos de las promesas de pago de Fiduprevisora S.A. a favor de Financiamos S.A., esta última, a través de petición radicada el 21 de

⁷ Financiamos S.A., en conjunto con los particulares prestamistas, conforman la parte demandante en el presente proceso.



noviembre de 2006, requirió a la fiduciaria el pago de las sumas de dinero representadas en los certificados fiduciarios. En respuesta del 23 de noviembre de 2006, recibida al día siguiente por Financiamos S.A., Fiduprevisora S.A. manifestó que, para poder generar los pagos requeridos, la solicitud debía ser presentada directamente por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., que era la sociedad con la cual Fiduprevisora S.A. había suscrito el contrato de encargo fiduciario y, además, porque era la que fungía como ordenadora del gasto. Según la demanda, tal respuesta a la aludida petición constituye *«una clara violación de las promesas irrevocables de pago consagradas en los certificados a favor de Financiamos S.A. y, a su vez, una clara infracción a los deberes financieros [...]»*.

1.2.11. En el informe de rendición de cuentas semestral, con fecha de corte al 31 de diciembre de 2006, Fiduprevisora S.A. manifestó que los ingresos obtenidos por el encargo fiduciario desde el 10 de septiembre de 2004 —fecha de suscripción del encargo fiduciario— hasta la fecha de corte anteriormente señalada, fueron de \$1.188'675.608. Adicionalmente, Fiduprevisora S.A. expresó que desde diciembre de 2005 —mes en el que se emitió el primer certificado a favor de Financiamos S.A.— hasta el 31 de diciembre de 2006, los ingresos del encargo fiduciario fueron de \$787'377.919. A pesar de lo anterior, la parte demandante indicó que, según el mismo informe de rendición de cuentas, en concordancia con el oficio 2008EE16348 del 2 de abril de 2008, suscrito por la gerente de negocios de Fiduprevisora S.A., los pagos realizados por esta entidad financiera a Financiamos S.A., durante el período comprendido desde diciembre de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2006, fueron los que se relacionan a continuación:

FECHA DE PAGO	VALOR
25 de abril de 2006	\$25'885.056
29 de marzo de 2006	\$42'137.102
28 de marzo de 2006	\$10.534.276
12 de diciembre de 2006	\$170'000.000
TOTAL	\$248'556.434

1.2.12. De acuerdo con la demanda, a pesar de que Fiduprevisora S.A. tenía la obligación de destinar los recursos recaudados por el encargo fiduciario de forma *«preferente y prevalente»* para pagar sus deudas con Financiamos S.A., únicamente le desembolsó, durante el período comprendido entre el 1° de diciembre de 2005 y el 31 de diciembre de 2006, la suma de \$248'556.434, mientras que el encargo fiduciario tuvo ingresos por valor de \$787'377.919. Según la parte accionante, Fiduprevisora S.A. procedió a *«hacer entrega directa del saldo a los fideicomitentes y a terceros, desconociendo la prelación de pagos pactada»*.

1.2.13. La parte actora puso de presente que Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe decidieron modificar el contrato de cuentas en participación No. 027 de 2006, para que en adelante solamente el Hospital pudiera librar y cobrar las facturas ante la aseguradora La Previsora S.A. —una de las aseguradoras a las cuales se emitían las facturas—. Esta situación no fue



comunicada ni consultada a los beneficiarios de los certificados fiduciarios. En este sentido, la parte demandante señaló que tuvo conocimiento de que el Hospital estaba recaudando directamente las facturas a la aseguradora, de ahí que, mediante comunicación del 21 de junio de 2007, le informó que, a pesar de que la facturación debía realizarse en cabeza del Hospital, los dineros provenientes de esta debían entrar al encargo fiduciario administrado por Fiduprevisora S.A. Afirmó que no obtuvo respuesta en esta ocasión ni tampoco en las posteriores, en las que intentó contactar al Hospital para este asunto.

1.2.14. Según la parte demandante, los representantes legales del Hospital Tomás Uribe Uribe y de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., en calidad de fideicomitentes, remitieron oficio de fecha 2 de diciembre de 2006 a Fiduprevisora S.A., solicitando una prórroga del contrato de encargo fiduciario hasta el 31 de julio de 2007. Sobre el particular, se hizo referencia al trámite de conciliación extrajudicial —que inició con la solicitud presentada el 17 de octubre de 2008—, afirmando que, tanto en el acta de la audiencia de conciliación, llevada a cabo el 15 de diciembre de 2008, como en la constancia de no conciliación, de fecha 15 de enero de 2009, Fiduprevisora S.A. manifestó que el contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020 estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2007. Adicionalmente, los demandantes indicaron que esta misma fecha de terminación del negocio jurídico fue señalada en varios informes de gestión del fideicomiso emitidos por la entidad fiduciaria.

1.2.15. El 6 de mayo de 2008, varios de los demandantes en este proceso presentaron, ante el Juzgado 12 Civil del Circuito de Cali, demanda ejecutiva de mayor cuantía contra Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., tendiente a recaudar las sumas adeudadas por esta sociedad a los particulares demandantes. Mediante auto interlocutorio No. 459 del 29 de mayo de 2008, el juzgado profirió mandamiento de pago a favor de los demandantes y decretó el embargo y retención de los créditos pendientes de pago a favor del demandado, en virtud de los contratos de asociación y cuentas en participación o cualquier otro contrato, facturas cambiarias de compraventa, órdenes de compra o cualquier otro instrumento de contenido crediticio, suscrito con el Hospital Tomás Uribe Uribe, limitando la cautela hasta la suma de \$361'562.000. Ante el silencio del Hospital, el referido juzgado requirió al gerente de esa entidad para que explicara por qué hizo caso omiso a la orden de embargo. El 17 de junio de 2009, los demandantes, en el proceso ejecutivo, presentaron el desistimiento de la demanda ante el Juzgado 12 Civil del Circuito de Cali, por cuanto el Hospital no dio respuesta a la medida cautelar.

2. Contestación de la demanda

2.1. Fiduprevisora S.A. contestó la demanda⁸, formulando las siguientes excepciones: *(i) «falta de legitimación por pasiva»*, aduciendo que Fiduprevisora

⁸ Folios 777 a 803 del cuaderno 1B.



S.A. carecía de esta, ya que el contrato de encargo fiduciario, así como la certificación de fuente de pago, determinan que el pago de los créditos otorgados por entidades financieras —en su criterio, esto sería extensivo a los prestamistas demandantes— a favor de los fideicomitentes sería «*de entera responsabilidad*» de estos últimos, como únicos deudores. En este sentido, argumentó que la fiduciaria debía pagar «*según sus instrucciones y hasta la concurrencia de los recursos incorporados al patrimonio autónomo*». Agregó que, al no haberse expedido un certificado de garantía ni una instrucción irrevocable de pago, la demanda no tenía fundamentos para vincular a Fiduprevisora S.A. al proceso.

Adicionalmente, propuso las excepciones de **(ii)** «*inexistencia de la obligación*», argumentando que las obligaciones planteadas en el *petitum* de la demanda eran inexistentes, ya que los accionantes confundían las características del encargo fiduciario con las de un contrato de fiducia de garantía, especialmente en lo atinente a los certificados que se expiden a favor de terceros acreedores del fideicomitente, aclarando que un certificado de fuente de pago sin estipulación de irrevocabilidad no constituía una garantía para terceros; **(iii)** «*ausencia de culpa por parte de Fiduprevisora S.A. en la estructuración del negocio*», explicando que los inconvenientes presentados en la facturación, relacionados con interpretaciones jurídicas de las aseguradoras, no le eran imputables a Fiduprevisora S.A.

También formuló las excepciones de **(iv)** «*inexistencia de actos abusivos*», asegurando que la conducta de la sociedad fiduciaria se ajustó a los postulados de la buena fe; **(v)** «*culpa plena y exclusiva de la parte actora*», la cual atribuye a que los demandantes no supieron interpretar los certificados de fuente de pago, en el sentido de que estos no eran irrevocables; **(vi)** «*indemnidad de Fiduprevisora S.A. – responsabilidad civil contractual directa y exclusiva de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe E.S.E.*», asegurando que existía una indemnidad de Fiduprevisora S.A., ya que los únicos deudores de los créditos otorgados por terceros eran los fideicomitentes.

2.2. Por su parte, la sociedad **Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.** presentó su contestación a la demanda de manera extemporánea. Así fue indicado por el *a quo* en auto proferido el 11 de julio de 2012⁹, decisión que no fue recurrida.

2.3. Finalmente, el **Hospital Departamental Tomás Uribe Uribe de Tuluá E.S.E.** guardó silencio.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

3.1. El Tribunal *a quo* corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y emitiera concepto, respectivamente.

⁹ Folio 842 del cuaderno 1B.



3.1.1. La parte demandante¹⁰ reiteró lo expuesto en el libelo introductorio.

3.1.2. En cuanto a los demandados, Fiduprevisora S.A.¹¹ insistió en los argumentos de la contestación. El Hospital Tomás Uribe Uribe¹², por su parte, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y adujo que la facturación a las aseguradoras la realizaba directamente Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., sin su participación, por lo cual no podría predicarse su responsabilidad. Finalmente, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. no presentó alegatos de conclusión.

3.1.3. El Ministerio Público guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 18 de febrero de 2020¹³, el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina¹⁴ declaró probadas, de oficio, las excepciones **(i)** de falta de legitimación en la causa por activa y **(ii)** de falta de jurisdicción, esta última en relación con la segunda pretensión de la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*», atinente a la declaratoria de existencia y validez de los contratos de mutuo mercantil celebrados entre Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y las personas naturales y jurídicas que otorgaron créditos a esta sociedad.

4.2. En primer lugar, el Tribunal de primera instancia realizó un análisis tendiente a determinar la jurisdicción en el caso concreto. Explicó que, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos estatales todos aquellos que celebren las entidades a las que se refiere esa misma ley, y que, por disposición del artículo 75 *ibidem*, el juez competente para conocer sobre las controversias contractuales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Bajo esa óptica, el *a quo* señaló que a esta jurisdicción le correspondía resolver el asunto *sub examine*, ya que el hospital demandado tenía la naturaleza de una Empresa Social del Estado y, como tal, se trataba de una entidad estatal; sin embargo, en relación con la segunda pretensión de la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*» formulada en la demanda, el Tribunal advirtió que la parte actora solicitó un pronunciamiento sobre la existencia y validez de los contratos de mutuo mercantil, celebrados entre Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y los demandantes, siendo estos negocios jurídicos celebrados entre

¹⁰ Folios 1.215 a 1.255 del cuaderno 1B.

¹¹ Folios 1.152 a 1.214 del cuaderno 1B.

¹² Folios 1.256 a 1.257 del cuaderno 1B.

¹³ SAMAI del Consejo de Estado, índice No. 2 «Expediente Digital», documento denominado ED_001SENTENCIANO31(.PDF) NroActua 2.

¹⁴ Según lo señalado por el *a quo* en la sentencia de primera instancia, el proceso era proveniente del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca. La actuación del Tribunal Administrativo del Departamento San Andrés, Providencia y Santa Catalina obedeció a lo dispuesto —en materia de descongestión— en el artículo 3 del Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2 del Acuerdo No. PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.



particulares, «*sin presencia de una entidad estatal*», de ahí que, a su juicio, dicho pedimento en particular le correspondía a la jurisdicción ordinaria.

Como consecuencia, el Tribunal declaró probada, de oficio, la excepción de falta de jurisdicción respecto de la segunda pretensión de la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*», concerniente a la declaratoria de existencia y validez de los contratos de mutuo mercantil celebrados entre Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y las personas naturales y jurídicas que otorgaron créditos a esta sociedad.

4.3. Luego, en segundo lugar, el *a quo* procedió al análisis del presupuesto procesal de legitimación en la causa. Para el efecto, el Tribunal revisó las pretensiones principales de la demanda y señaló que aquellas estaban encaminadas a que se declarara la existencia, validez e incumplimiento del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020 del 10 de septiembre de 2004, celebrado entre Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., el Hospital Tomás Uribe Uribe y la Fiduprevisora S.A., y de su respectivo otrosí. Agregó que, entre las pretensiones subsidiarias, la parte actora solicitó declarar la existencia y validez de los contratos de asociación y cuentas en participación No. 030 del 5 de agosto de 2004, 015 del 3 de enero de 2005 y 027 del 2 de enero de 2006, así como de sus respectivos otrosíes, celebrados entre el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., así como otras pretensiones económicas dependientes de la validez de estos contratos.

Con fundamento en el artículo 87 del CCA, que establece la acción de controversias contractuales, el Tribunal adujo que la calidad de parte del contrato es una exigencia para interponer dicha acción, con la única excepción de la petición de nulidad absoluta del contrato, que puede ser formulada por el Ministerio Público o por cualquier tercero que acredite un interés directo. Bajo esta precisión, el *a quo* concluyó que los demandantes no estaban legitimados en la causa por activa, ya que no fueron parte del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020 del 10 de septiembre de 2004, ni de su otrosí, como tampoco lo fueron de los contratos de asociación y cuentas en participación, en torno a los cuales giraba la controversia.

Así las cosas, el Tribunal declaró probada, de oficio, la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

4.4. Finalmente, sin perjuicio de lo anterior, el *a quo* realizó un análisis de caducidad de la acción, concluyendo que operó ese fenómeno procesal en este caso¹⁵. Señaló que en la cláusula octava del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020 se pactó una vigencia de un año, contado a partir de la suscripción del negocio jurídico; que, posteriormente, las partes suscribieron un otrosí el 9 de septiembre de 2005, en el cual se prorrogó el término de duración del contrato hasta el 10 de septiembre de 2006. De este modo, teniendo en cuenta que la solicitud de conciliación extrajudicial fue presentada ante la Procuraduría General de la Nación «*el 21 de octubre de 2008*» y que la demanda se interpuso el 14 de julio de 2009, la acción

¹⁵ Determinación que no quedó consignada en la parte resolutive del fallo de primera instancia.



se encontraba caducada, dado que fue instaurada después del término de dos años establecido en el artículo 136 del CCA, cuyo cómputo inició a partir de la terminación del negocio jurídico.

5. Recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación¹⁶, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda.

5.1. Frente a la decisión del Tribunal de declarar probada, de oficio, la excepción de falta de jurisdicción para conocer sobre la segunda pretensión de la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*», la parte demandante sostuvo que a esta jurisdicción sí correspondía el conocimiento de ese pedimento.

Al respecto, sostuvo que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde conocer sobre las controversias y litigios derivados de los contratos suscritos por las entidades públicas. Señaló que, en virtud del fuero de atracción, también debe conocer de aquellos asuntos asociados a otros negocios jurídicos que se encuentren coligados al contrato estatal y que, por su naturaleza, no se encuentran —en principio— sometidos a esta jurisdicción. Expresó que, en el *sub examine*, los contratos de asociación y cuentas en participación, el encargo fiduciario y los contratos de mutuo, en los cuales se fundamentaron las pretensiones, se encontraban coligados, por lo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo debía conocer sobre los asuntos relacionados con todos ellos.

5.2. En cuanto a la declaratoria de falta de legitimación por activa, efectuada de oficio por el *a quo* en el fallo de primera instancia, la parte recurrente consideró que «*los demandantes entraron a participar de la ejecución del contrato de encargo fiduciario, al obtener el reconocimiento de beneficios de fuente de pago, de conformidad con los certificados fiduciarios de fechas 15 de diciembre de 2005 por valor de \$416'000.000 y 14 de marzo de 2006 por valor de \$260'000.000*».

Puso de presente que el negocio fiduciario sigue un «*modelo tripartito*» que obedece a «*la existencia de un fideicomitente, de una sociedad fiduciaria y de un tercero, que posteriormente se vincula como un beneficiario de alguna de las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes iniciales*». En esta medida, adujo que los demandantes, «*en calidad de beneficiarios*», «*tienen legitimidad para incoar la acción de responsabilidad contractual en contra de Fiduprevisora S.A., en su calidad de sociedad fiduciaria*». Agregó que, como terceros beneficiarios del encargo fiduciario, los actores tienen legitimidad para pedir el cumplimiento de las obligaciones, tanto a la sociedad fiduciaria como a los mismos fideicomitentes.

¹⁶ SAMAI del Consejo de Estado, Índice No. 2 «Expediente Digital», documento denominado ED_004RECURSOAPELACION(PDF) NroActua 2.



Por otro lado, la recurrente argumentó que, para la declaratoria de falta de legitimación en la causa por activa, las entidades demandadas debieron formularla como excepción. En este caso, teniendo en cuenta que las demandadas no lo hicieron, en la apelación se consideró que esto impedía que en el fallo se hubiese hecho un pronunciamiento sobre aquella excepción. Sostuvo que se le debió brindar la oportunidad de ejercer el derecho de defensa en relación con este asunto, para no verse sorprendida por una conclusión que no pudo cuestionar.

5.3. En relación con la conclusión del *a quo* en el sentido de que operó la caducidad de la acción, la parte demandante consideró que se desconoció la naturaleza del contrato de encargo fiduciario, el cual se regía *«por las normas del derecho privado»*. Afirmó, seguidamente, que el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020 *«no es un contrato estatal y por tanto no se le pueden aplicar los términos de caducidad señalados en el Código Contencioso Administrativo»*, sino los plazos de prescripción del Código Civil.

Por otra parte, pidió que, en caso de que sí se aplique el término de caducidad establecido en el artículo 136 del CCA, debe tenerse en cuenta que para la terminación del contrato de encargo fiduciario se requería, a modo de condición, que se efectuara *«la restitución de los remanentes al beneficiario»*.

5.4. Finalmente, la parte recurrente reprochó que el fallo de primera instancia no hizo mención alguna sobre la segunda serie de pretensiones subsidiarias de la demanda, las cuales estaban dirigidas a vincular a los demandantes con los contratos de asociación y cuentas en participación suscritos por el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., teniendo en cuenta las consecuencias de haber revelado la participación del Hospital, como entidad estatal, en dichos negocios jurídicos.

6. Trámite en segunda instancia

6.1. Mediante auto del 3 de marzo de 2022¹⁷, el despacho sustanciador corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

6.1.1. La parte demandante¹⁸ presentó alegatos en segunda instancia, reiterando lo expuesto en el recurso de apelación.

Por otra parte, agregó que el *a quo* se equivocó al señalar que el contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020 había terminado el 10 de septiembre de 2006, lo cual lo llevó a considerar, erróneamente, que había operado la caducidad de la acción. Aclaró que la fecha correcta de terminación del negocio jurídico era el 31 de julio de 2007, lo cual se evidenciaba en varios de los documentos obrantes en el plenario. En consecuencia,

¹⁷ SAMAI del Consejo de Estado, índice No. 13 «Auto que corre traslado para alegar», documento denominado AUTOQUECORRETRASLADOPARAALLEGAR(.doc) NroActua 13.

¹⁸ SAMAI del Consejo de Estado, índice No. 22 «Recibe memoriales online», documento denominado 39_MemorialWeb_Alegatos(.pdf) NroActua 22



adujo que el término de caducidad de la acción debía computarse desde el plazo en que realmente feneció el negocio fiduciario, lo que llevaría a concluir que la demanda fue interpuesta dentro del término previsto en el artículo 136 del CCA.

6.1.2. En cuanto a los demandados, Fidupervisora S.A., tanto en su pronunciamiento sobre el recurso de apelación¹⁹ como en los alegatos de segunda instancia²⁰, entre otros argumentos, manifestó estar de acuerdo con el fallo de primera instancia en lo relativo a la caducidad de la acción de controversias contractuales, considerando que el *sub lite* gira en torno a un contrato estatal sujeto a las normas del derecho privado y respecto del cual no se pactó plazo alguno para hacer su liquidación.

Por su parte, el Hospital Tomás Uribe Uribe²¹ insistió en que, a partir de las circunstancias del caso, no podía predicarse una responsabilidad de su parte.

La sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. guardó silencio.

6.1.3. El Ministerio Público no presentó concepto.

III. CONSIDERACIONES

La Sala seguirá el siguiente orden para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante: (1) objeto del recurso y problemas jurídicos a resolver; (2) presupuestos procesales; (3) caso concreto; y (4) costas.

1. Objeto del recurso de apelación y problemas jurídicos a resolver

1.1. En consideración a que en el recurso de apelación se cuestionó la decisión del Tribunal *a quo* sobre el análisis de tres presupuestos procesales —a saber, la jurisdicción frente a una de las pretensiones subsidiarias, la legitimación en la causa por activa y la caducidad de la acción—, a la Sala de Subsección le corresponde resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) si a esta jurisdicción le corresponde conocer sobre la segunda pretensión de la «segunda serie de pretensiones subsidiarias» formulada en la demanda,

¹⁹ SAMAI del Consejo de Estado, índice No. 10 «Recibe memoriales por correo electrónico», documento denominado RECIBEMEMORIALESPORCORREOELECTRONICO_PRONUNCIAMIENTORECU(.PDF) NroActua 10.

²⁰ SAMAI del Consejo de Estado, índice No. 23 «Alegatos de conclusión o intervenciones», documento denominado ALEGATOSDECONCLUSIONOINTERVENCIONES_ALEGATOSDECONCLUSI(.pdf) NroActua 23.

²¹ SAMAI del Consejo de Estado, índice No. 20 «Alegatos de conclusión o intervenciones», documento denominado ALEGATOSDECONCLUSIONOINTERVENCIONES_ALEGATOSDECONCLUSI(.pdf) NroActua 20.



relacionada con la existencia y validez de los contratos de mutuo mercantil celebrados entre Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y los 23 particulares — personas naturales y jurídicas— que otorgaron créditos a su favor.

(ii) si los demandantes se encuentran legitimados o no en la causa por activa para interponer la acción de controversias contractuales en contra de Fiduprevisora S.A., Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Departamental Tomás Uribe Uribe de Tuluá E.S.E.

(iii) en caso de que se concluya que los demandantes sí están legitimados en la causa por activa, corresponde examinar si el libelo introductorio se interpuso oportunamente, o si, por el contrario, operó la caducidad.

1.2. En el evento en que se determine que se cumplen todos los presupuestos procesales, la Sala estudiará el fondo el asunto para resolver las pretensiones de la demanda.

2. Presupuestos procesales

2.1. Jurisdicción y competencia

2.1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 82²² del Código Contencioso Administrativo (CCA), modificado por el artículo 1° de la Ley 1107 de 2006 —vigente para la fecha en que se interpuso la demanda—, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento de las pretensiones principales de la demanda, así como de las subsidiarias a las pretensiones de condena —que en el escrito de demanda se denominaron «*primera serie de pretensiones subsidiarias*»— en tanto la controversia que de estas se deriva gira en torno al contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020 de fecha 10 de septiembre de 2004, y de su otrosí de fecha 9 de septiembre de 2005, suscritos por el Hospital Departamental Tomás Uribe Uribe de Tuluá E.S.E., por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y por Fiduprevisora S.A.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194²³ de la Ley 100 de 1993, según el cual la naturaleza jurídica del Hospital Tomás Uribe Uribe

²² El artículo 82, modificado por la Ley 1107 de 2006, norma vigente a la fecha de la presentación de la demanda, establece: «*Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía con capital superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno (...)*».

²³ «*Artículo 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo*».



corresponde a la de una Empresa Social del Estado, que constituye una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. La referida norma señala que tales entidades son creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso. En lo que respecta al Hospital demandado, este fue creado a través de la Ordenanza No. 005 de 1996, expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca²⁴.

Igualmente, para estos efectos, ha de señalarse que la Fiduprevisora S.A.²⁵ es una entidad financiera de carácter estatal, cuya naturaleza corresponde a la de una sociedad de economía mixta del orden nacional, lo que refuerza la idea de que a esta jurisdicción le corresponde el conocimiento de este asunto.

2.1.2. Ahora bien, teniendo en cuenta que el Tribunal de primera instancia declaró probada oficiosamente la excepción de falta de jurisdicción respecto de la segunda súplica correspondiente a la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*», decisión que fue objeto de un reparo concreto formulado por la parte demandante en el recurso de apelación, la Sala estima pertinente examinar si a esta jurisdicción le corresponde el conocimiento de dicho pedimento, con independencia de que prosperen o no las pretensiones principales.

En la segunda pretensión de la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*» se planteó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores)²⁶:

«Segunda Pretensión.- Declarar que existen y son válidos los contratos de mutuo mercantil celebrados entre el Asociado Gestor, la Sociedad GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. y los señores ALBA ESPERANZA PERDOMO TORO, AMANDA VILLEGAS GUTIÉRREZ, BARRY BIRMAHER BAUM, CARLOS FAIBEL IBARA AYA, CARLOS HERNANDO OTÁLORA OSPINA, CARMENZA ROMERO DE ESCOBAR, CIRO NIKAI DO SAKUMA, CLARA INÉS FERNÁNDEZ CABAL, CLARA NIKAI DO DE WATANABE, DISTRIBUIDORA ELECTROJAPONES LTDA., ÉDGAR JOSÉ YUNDA VÉLEZ, ÉDGAR ZAPATA LEÓN, ELIZABETH ENGEL RICAURTE, SILVIA MORIMITSU KUBOYAMA, GERMÁN MORIMITSU KAGE, GUILLERMO MOLTA FAJARDO, GUILLERMO PARRA ÁLVAREZ, LUZ ÁNGELA YUSTI GUTIÉRREZ, LUZ ÁNGELA CORRAL PRADO, MARÍA TERESA GÓMEZ MONTOYA, MARTHA LUCÍA PELÁEZ GUZMÁN, MIGUEL ÁNGEL ARCE CHÁVEZ y ROBERTO CASTAÑO VELÁSQUEZ».

Sobre el particular, el Tribunal *a quo* señaló que la parte actora, por medio de esta pretensión subsidiaria, solicitó un pronunciamiento sobre la existencia y validez de los contratos de mutuo mercantil celebrados entre Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. —persona jurídica de derecho privado— y los particulares prestamistas —personas naturales y jurídicas, también de derecho privado—, por lo que, según

²⁴ Folio 594 del cuaderno 1A y folio 244 del cuaderno 1.

²⁵ En el certificado de existencia y representación legal de Fiduprevisora S.A., expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, se definió su naturaleza jurídica de la siguiente manera: «*Sociedad Anónima de Economía Mixta de carácter indirecto y del Orden Nacional. Entidad sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia*» (folio 595 del cuaderno 1A).

²⁶ Folio 618 del cuaderno 1A.



advirtió, se trataba de negocios jurídicos entre particulares, *«sin presencia de una entidad estatal»*. En consecuencia, el Tribunal *a quo* determinó que el conocimiento de dicho pedimento le correspondía a la jurisdicción ordinaria.

Esta decisión fue objeto de reproche en el recurso de apelación, al advertir que la jurisdicción de lo contencioso administrativo sí le correspondía el conocimiento de aquella y que, por tanto, el Tribunal debió resolver tal pretensión. Argumentó, seguidamente, que en virtud del fuero de atracción esta jurisdicción debía conocer sobre aquellos asuntos relativos a negocios jurídicos que, si bien —en principio— no están sometidos a ella, se encuentran coligados a un contrato estatal, frente a lo cual agregó que, en el *sub judice*, los contratos de asociación y cuentas en participación, el encargo fiduciario y los contratos de mutuo mercantil, en los cuales se fundamentaron las pretensiones de la demanda, se encontraban coligados.

2.1.3. Contextualizado lo anterior, y con el fin de resolver el cargo del recurso de apelación, la Sala de Subsección considera que las súplicas de la *«segunda serie de pretensiones subsidiarias»* formuladas en la demanda deben ser examinadas en conjunto, para determinar el contexto en el que fue planteada la segunda pretensión de aquellas, frente a la cual el Tribunal declaró la falta de jurisdicción.

Tal como se observa en el punto **1.1.3** de los antecedentes de este proveído, en la *«segunda serie de pretensiones subsidiarias»* los demandantes solicitaron que se declarara la existencia y validez de los contratos de asociación y cuentas en participación No. 030 del 5 de agosto de 2004, 015 del 3 de enero de 2005 y 027 del 2 de enero de 2006, así como de sus respectivos otrosíes, suscritos entre el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. (**primera pretensión**). También pidieron que se declarara la existencia y validez de los contratos de mutuo mercantil celebrados entre Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y las personas naturales y jurídicas que otorgaron créditos a esta sociedad (**segunda pretensión**). Solicitaron, igualmente, que se declarara que, durante la ejecución de estos contratos, el Hospital Tomás Uribe Uribe *«reveló y autorizó que se conociera su calidad de partícipe inactivo, razón por la cual, en los términos del artículo 511 del Código de Comercio, debe responder solidariamente»* con Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. por las obligaciones adquiridas con sus prestamistas, ya que ambas sociedades solicitaron expresamente a Fiduprevisora S.A. la expedición de los dos certificados fiduciarios de fuente de pago a favor de Financiamos S.A. (**tercera y cuarta pretensión**). Seguidamente, la parte demandante solicitó que se declare que el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. son obligados solidarios de las operaciones de crédito celebradas con los prestamistas y que *«incumplieron en la devolución de los dineros entregados a título de mutuo mercantil»* (**quinta pretensión**).

Como consecuencia de todo lo anterior, los demandantes pidieron que se condenara solidariamente al Hospital Tomás Uribe Uribe y a Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. a pagar a cada uno de los particulares prestamistas la correspondiente indemnización de perjuicios, incluyendo daño emergente, por el



saldo insoluto de los créditos otorgados por los prestamistas, y lucro cesante, por los intereses moratorios sobre el crédito insoluto, «*a la tasa moratoria máxima efectiva anual*», desde la fecha de vencimiento de cada operación hasta la fecha en que se produjera el pago de la condena (**sexta pretensión**).

2.1.4. Al revisar detalladamente la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*» formuladas en la demanda objeto de estudio, la Sala observa que aquellas, evaluadas en su conjunto y de manera íntegra, están dirigidas a la consecución de un mismo objetivo, a saber, que se declare la responsabilidad solidaria de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y del Hospital Tomás Uribe Uribe, para efectos de que ambos —incluyendo una entidad pública, concretamente, una Empresa Social del Estado— respondan por el incumplimiento de los contratos de mutuo mercantil y por los perjuicios causados a los particulares que otorgaron créditos.

Bien vale la pena señalar y advertir que la línea argumentativa de la parte demandante consiste en que, si bien los particulares prestamistas —que actúan como demandantes en este proceso— celebraron los contratos de mutuo mercantil con Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. —sociedad de naturaleza privada—, el Hospital Tomás Uribe Uribe también debe responder por el incumplimiento de estos —concretamente, por el impago de los créditos—, ya que los recursos obtenidos a partir de los préstamos de dinero estaban destinados a financiar el desarrollo del objeto de los contratos de asociación y cuentas en participación, de los cuales era parte el Hospital, en calidad de asociado inactivo.

En este sentido los demandantes invocaron, tanto en la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*» como en los hechos de la demanda, el artículo 511²⁷ del Código de Comercio, según el cual, en caso de que el partícipe inactivo en un contrato de cuentas en participación —en este caso, el Hospital Tomás Uribe Uribe— revele o autorice que se conozca su calidad de partícipe, aquel debe responder ante terceros en forma solidaria con el gestor. De este modo, en la demanda objeto de estudio se argumentó que el Hospital reveló su calidad de partícipe inactivo al solicitar expresamente a Fiduprevisora S.A. la expedición de los dos certificados fiduciarios de fuente de pago a favor de Financiamos S.A.²⁸

Se observa, entonces, que los demandantes pretenden activar la responsabilidad del Hospital Tomás Uribe Uribe —entidad pública—, no por haber sido parte de los contratos cuyo incumplimiento se reclama —contratos de mutuo mercantil—, cuya naturaleza es privada, sino por haber revelado su calidad de partícipe en el contrato de cuentas en participación suscrito con Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.

²⁷ «Artículo 511. Responsabilidad del partícipe no gestor. La responsabilidad del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación. Sin embargo, los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe, responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor. Esta solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe».

²⁸ Ver apartados 1.2.5. y 1.2.8. de los antecedentes de esta providencia.



Por lo anterior, esta Sala de Subsección considera que el análisis del presupuesto procesal de la jurisdicción no debe realizarse de manera aislada e individual frente a la segunda pretensión de la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*», sino en conjunto y en contexto con todas las peticiones que componen dicha serie de pretensiones subsidiarias. Siendo así, la Sala procede a revisar, a continuación, si la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe conocer y resolver sobre la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*», o si, por el contrario, esta corresponde al ámbito funcional de otra jurisdicción.

2.1.5. Como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación²⁹, si bien la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida, en principio, para conocer de las controversias que se susciten entre entidades públicas o entre estas y los particulares, lo cierto es que, en virtud del *fuero de atracción*, cuando la acción es dirigida simultáneamente contra una entidad pública y una persona de derecho privado, por un asunto del que normalmente conocería la jurisdicción ordinaria, el proceso debe surtirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual adquiere competencia y queda habilitada para pronunciarse sobre la responsabilidad de todos los demandados. De este modo, cabe señalar que lo que determina la aplicación de la institución del *fuero de atracción* y, por consiguiente, que el conocimiento del asunto recaiga en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, es el hecho de que al menos uno de los sujetos accionados sea una entidad pública, aunado a que los supuestos fácticos y las pretensiones conduzcan razonablemente a pensar que su responsabilidad puede verse comprometida.

En línea con lo anterior, esta Sección³⁰ ha precisado que el *fuero de atracción* procede cuando, a partir de la formulación de las pretensiones y la presentación del sustento probatorio en el libelo introductorio, es posible inferir «*que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la litis resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas*». Sin embargo, si al realizar el análisis probatorio resulta que la entidad pública —demandada en conjunto con el particular— no es responsable de los daños que le fueron atribuidos por el accionante, el *fuero de atracción* se mantiene incólume³¹. En otras palabras, este *fuero* aplica con independencia de que, al surtirse las distintas etapas procesales, el juez resuelva o no condenar a la entidad pública accionada.

En este asunto, la Sala destaca que la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*» está dirigida contra dos de los demandados en el proceso: **(i)** el Hospital Departamental Tomás Uribe Uribe de Tuluá E.S.E. —que es una Empresa Social del Estado, entidad pública descentralizada³²— y **(ii)** Gestión Hospitalaria de

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de marzo de 2017, exp. 38958, y Subsección C, sentencia del 14 de octubre de 2021, exp. 55840.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15526.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de octubre de 2021, exp. 55840.

³² De conformidad con el artículo 194 de la Ley 100 de 1993.



Colombia S.A. —sociedad comercial de carácter privado—. Si bien este grupo de súplicas comprende el supuesto incumplimiento de contratos de mutuo de los cuales el referido Hospital no hizo parte, ya que fueron celebrados por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y los 23 particulares prestamistas, la responsabilidad que se pretende endilgar al Hospital Tomás Uribe Uribe proviene de la aplicación del artículo 511³³ del Código de Comercio, norma cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 511. Responsabilidad del partícipe no gestor. La responsabilidad del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación. Sin embargo, los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe, responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor. Esta solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe».

Así las cosas, resulta importante precisar que, aunque un estudio de fondo podría determinar la aplicación de la referida norma del Código de Comercio en el caso concreto, se aprecia que, a partir de los hechos descritos en la demanda en cuestión, el Hospital podría tener el carácter de «*partícipe inactivo*» o «*partícipe no gestor*», derivada de su relación jurídica con Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. —concretamente, de los contratos de asociación y cuentas en participación—³⁴, por lo cual, en caso de determinarse que esta empresa incumplió los contratos de mutuo, la entidad pública podría ser eventualmente declarada responsable, de forma solidaria, por los perjuicios ocasionados con el incumplimiento. Entonces, al encontrarse involucrada la eventual responsabilidad de un ente público, mal podría la jurisdicción ordinaria conocer el asunto de la referencia.

2.1.6. En este orden de ideas, y contrario a lo concluido por el Tribunal *a quo*, la Sala encuentra que a esta jurisdicción le corresponde íntegramente el conocimiento de la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*», incluyendo la segunda de estas súplicas, por aplicación del fuero de atracción.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, en lo que a este punto concierne.

2.1.7. A su turno, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 18 de febrero de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de conformidad con lo previsto en el artículo 129 del CCA³⁵, dado que el proceso tiene vocación de doble instancia, en tanto la pretensión mayor formulada excede los 500 SMLMV a la fecha de

³³ Este artículo se encuentra dentro del Título X del Código de Comercio, relativo a «*De las cuentas en participación*».

³⁴ Como se precisará en los hechos probados 3.1.1. y 3.1.1.2., el Hospital Tomás Uribe Uribe fungió como el asociado inactivo, en el marco del contrato de los contratos de asociación y cuentas en participación que suscribió con Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.

³⁵ «Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión».



presentación de la demanda³⁶.

2.2. Legitimación en la causa

2.2.1. Sobre este presupuesto procesal también gravita la presente controversia, dado que el *a quo* declaró probada, de oficio, la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, al considerar que los demandantes en este caso no estaban legitimados para ejercer la acción contractual.

Para el efecto, el Tribunal revisó las pretensiones principales de la demanda e indicó que aquellas estaban encaminadas a que se declarara la existencia, validez e incumplimiento del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020 del 10 de septiembre de 2004, celebrado entre Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., el Hospital Tomás Uribe Uribe y Fiduprevisora S.A. Con fundamento en lo previsto en el artículo 87 del CCA —que establece la acción de controversias contractuales—, el Tribunal de primera instancia adujo que la calidad de parte del contrato era necesaria para interponer dicha acción, con la única excepción de la petición de nulidad absoluta del contrato, que podía ser formulada por el Ministerio Público o por cualquier tercero que acreditara un interés directo. Bajo esta precisión, el *a quo* concluyó que los demandantes no estaban legitimados en la causa por activa, ya que no ostentaban la calidad de parte en el precitado contrato de encargo fiduciario.

El recurrente, por su parte, formuló reparos a esta posición del Tribunal. En primer lugar, sostuvo que *«los demandantes entraron a participar de la ejecución del contrato de encargo fiduciario, al obtener el reconocimiento de beneficios de fuente de pago, de conformidad con los certificados fiduciarios de fechas 15 de diciembre de 2005 por valor de \$416'000.000 y 14 de marzo de 2006 por valor de \$260'000.000»*. Señaló, en segundo lugar, que el negocio fiduciario consiste en un *«modelo tripartito»*, donde las partes del contrato incluyen un fideicomitente, una sociedad fiduciaria y un tercero, *«que posteriormente se vincula como un beneficiario de alguna de las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes iniciales»*. Adujo que los demandantes tienen la calidad de beneficiarios y, por tanto, se encuentran legitimados para ejercer la acción contractual, de cara a reclamar el incumplimiento de las obligaciones por parte de la fiduciaria y de los fideicomitentes.

Por otro lado, argumentó que la declaratoria de falta de legitimación en la causa por activa requería que las entidades demandadas hubieran formulado dicha excepción. En este caso, como no lo hicieron, consideró que esto impedía que en el fallo se hubiese declarado oficiosamente. Lo anterior, ya que se le debió brindar la oportunidad de ejercer el derecho de defensa en relación con este asunto, para no verse sorprendido por una conclusión del *a quo* que no pudo cuestionar.

³⁶ La demanda fue presentada en el 2009, época para la cual el salario mínimo era de \$496.900. De este modo, los 500 salarios mínimos equivalían a \$248'450.000, lo cual supone que la pretensión mayor formulada en dicho escrito, que ascendía a \$676'000.000, supera el monto exigido.



2.2.2. La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener una decisión de fondo, es decir, para que el juez se pronuncie sobre las súplicas de la demanda³⁷, y atañe a la posición que tienen los sujetos procesales con respecto a la situación fáctica o a la relación jurídica sustancial que da origen al proceso judicial, de la cual derivan su interés legítimo en la solución del caso. Por consiguiente, el sujeto legitimado es quien, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizado para intervenir en el proceso, ya sea formulando pretensiones o resistiendo aquellas que se presenten en su contra³⁸.

Desde el extremo activo de la relación procesal, está legitimado en la causa el titular del interés sustancial alegado en la demanda, mientras que, desde la perspectiva pasiva, lo está el sujeto llamado a responder a partir de la situación jurídica que dio origen al proceso o a la controversia³⁹. En este orden de ideas, se ha señalado que la legitimación en la causa implica que ambos extremos procesales —activo y pasivo— tengan un interés legítimo frente al derecho discutido en juicio, el cual no puede surgir sino de una relación jurídico-sustancial que se deriva «*de la participación —por acción u omisión— en una circunstancia fáctica o en una situación jurídica que puede ser de índole contractual, legal o reglamentaria*».

De este modo, la legitimación en la causa por activa implica que quien demanda debe «*tener y acreditar un vínculo funcional o material con los hechos que dan origen a lo pretendido, lo cual debe examinarse desde la óptica de las responsabilidades que le corresponden y el objeto del medio de control que se ejerce*»⁴⁰. Esto último resulta especialmente relevante, ya que, en el proceso contencioso-administrativo, la legitimación en la causa debe analizarse en función de la acción o el medio de control del cual se trate.

En el régimen del CCA, la legitimación en la causa en materia de controversias contractuales se desprende del artículo 87, cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 87. **Cualquiera de las partes de un contrato estatal** podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de septiembre de 2012, exp. 24677.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 16271.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de septiembre de 2012, exp. 24677.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de septiembre de 2024, exp. 68632.



El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil» (se destaca).

Del primer inciso se desprende que, por regla general, tratándose de la acción de controversias contractuales, cuentan con legitimación en la causa quienes sean parte de la relación contractual, pues la causa que origina el litigio tiene como fuente un negocio jurídico.

Lo anterior, además, tiene sentido a la luz del principio de *relatividad de los contratos*, en virtud del cual estos solamente producen efectos entre las partes del contrato y, por ende, únicamente generan derechos y obligaciones para ellas. En este sentido, considerando que fueron las partes quienes, con su consentimiento, dieron lugar a la formación del acuerdo de voluntades, son ellas mismas las habilitadas para solicitar que se declare su existencia, nulidad o incumplimiento, que se ordene su revisión, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios ocasionados y que se hagan otras declaraciones y condenas⁴¹.

Por otra parte, frente a la nulidad absoluta del contrato, el tercer inciso de la norma transcrita establece una excepción atinente a la legitimación en la causa por activa, en la medida en que su declaración puede ser pretendida por «*el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo*». De este modo, se extiende el campo de legitimación en la causa por activa a quienes no fueron parte del negocio jurídico —en relación con esta precisa pretensión—, pero manteniendo la exigencia de acreditar un interés directo en el contrato cuya nulidad se pretende⁴². En cualquier caso, cabe mencionar que, en línea con la jurisprudencia de esta Sección⁴³, existen otros eventos específicos en los que terceros —ajenos a las

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Esto, cabe señalar, sin perjuicio de la facultad que ostenta el juez administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta del negocio jurídico estatal.

⁴³ Al respecto, pueden señalarse los siguientes ejemplos: *(i)* en el caso de los actos administrativos contractuales, que deben ser controvertidos a través del medio de control de controversias contractuales —a diferencia de aquellos de naturaleza precontractual, que deben ser atacados a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho—, esta Sección ha indicado que está legitimado para demandarlos el titular del derecho desconocido o vulnerado con su expedición, razón por la cual, considerando que su contenido es particular y concreto, es necesario acreditar un «*interés sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual*» en el resultado del proceso judicial para pretender la nulidad del acto. Adicionalmente, esta Sección ha dicho que, *(ii)* cuando se trata de la pretensión de nulidad absoluta del contrato como consecuencia de la ilegalidad del acto de adjudicación, la posibilidad de acreditar un interés para interponer el medio de control de controversias contractuales se restringe a los terceros oferentes que no resultaron favorecidos con el acto de adjudicación. Finalmente, *(iii)* en materia de actos contractuales, se ha determinado que las compañías aseguradoras que expiden una póliza de cumplimiento en relación con un contrato estatal pueden tener un interés directo para impugnar el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro, a pesar de no ser parte del negocio jurídico, comoquiera que esos actos tienen como



partes del contrato— pueden ejercer la acción contractual, como es el caso de las compañías aseguradoras que han expedido una póliza de cumplimiento en relación con un contrato estatal, ya que estas tienen, en principio, un interés directo para impugnar el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha expresado que la legitimación en la causa por activa consiste en la relación sustancial del demandante con su pretensión, y la ha conceptualizado a partir de la noción de «*interés*», que, a su vez, se deriva «*de la causa privada y subjetiva que tiene el actor para instaurar la acción, por lo que su determinación debe efectuarse mediante un juicio de utilidad donde se examine si al acceder a las pretensiones se otorga un beneficio material o moral al demandante*»⁴⁴⁻⁴⁵. En otras palabras, el criterio de *utilidad*, a partir del cual se configura el interés directo para demandar, implica que lo que se resuelva en el proceso tiene la potencialidad de afectar la situación jurídica particular de quien lo promueve, así como el goce y efectividad de sus derechos.

2.2.3. En este punto, cabe reiterar que las pretensiones principales de la demanda están fundamentadas, integralmente, en el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020, suscrito entre el Hospital Tomás Uribe Uribe, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y Fiduprevisora S.A. Los demandantes pidieron que se declarara la existencia y validez de dicho negocio jurídico, de su otrosí de fecha 9 de septiembre de 2005 y de los certificados fiduciarios expedidos por Fiduprevisora S.A. a favor de Financiamos S.A.

Adicionalmente, alegaron el incumplimiento contractual de la fiduciaria y de los fideicomitentes por una serie de conductas que les imputaron en la demanda, pidiendo declararlos solidariamente responsables por los perjuicios ocasionados a Financiamos S.A. En consecuencia, solicitaron que se les condenara a pagar la correspondiente indemnización de perjuicios a favor de Financiamos S.A., incluyendo daño emergente, lucro cesante e intereses moratorios sobre estos.

Es claro, entonces, que las pretensiones principales de la demanda están relacionadas con el incumplimiento del contrato de encargo fiduciario. Por tanto, de cara a determinar la legitimación en la causa por activa, la Sala procede a definir, a

destinatario principal, justamente, a la aseguradora que otorgó la garantía. En este sentido, del acto que declara el siniestro podría desprenderse «*una situación jurídica particular de la aseguradora*», que recaería en su obligación de pagar el riesgo, lo cual sustenta su interés en demandar. En todo caso, la aseguradora debe «*acreditar un interés sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual respecto de las resultas del proceso, en tanto la prosperidad de sus pretensiones le generaría un beneficio material, jurídico o moral*», lo cual no ocurriría, por ejemplo, en el evento en que el interés asegurado haya sido cubierto directamente por el contratista. // Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de febrero de 2021, exp. 61220, sentencia del 16 de julio de 2021, exp. 50731, y sentencia del 13 de septiembre de 2024, exp. 68632.

⁴⁴ En este punto, se hace referencia especialmente a la legitimación en la causa material, que está asociada a la relación sustancial de cada una de las partes con la situación fáctica y jurídica que da sustento a su respectiva pretensión o excepción; lo anterior, por oposición a la legitimación de hecho, que se reduce a la simple determinación de los extremos que componen el proceso.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de septiembre de 2024, exp. 68632.



la luz de las normas aplicables a los encargos fiduciarios, si los demandantes, esto es, Financiamos S.A. y los 23 particulares prestamistas, ostentaban la calidad de beneficiarios en el contrato *sub examine*, y si, en todo caso, les asistía un *interés legítimo* en el presente asunto que los habilitara para ejercer la acción contractual.

2.2.4. Ha de señalarse, de entrada, que el contrato de encargo fiduciario corresponde al género de los negocios fiduciarios. Estos fueron definidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de su Circular Básica Jurídica⁴⁶, de la siguiente manera: *«son actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero»*. Seguidamente, la Superintendencia, en esa misma Circular, indicó cuáles son los tipos de negocios fiduciarios, incluyendo *«la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y disposiciones complementarias»*.

Ahora bien, en cuanto a la diferencia entre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario, vale la pena destacar que la primera involucra la transferencia del dominio por parte de los fideicomitentes, de tal forma que los bienes fideicomitados constituyen *«un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo»*⁴⁷. Por el contrario, en el encargo fiduciario, los fideicomitentes hacen entrega de bienes a la sociedad fiduciaria para que esta lleve a cabo su administración, sin la transferencia de la propiedad sobre estos y, por consiguiente, sin la formación de un patrimonio autónomo⁴⁸.

La diferencia entre estos tipos de negocios fiduciarios ha sido explicada anteriormente por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*«La fiducia mercantil difiere del encargo fiduciario en que en el primero existe transferencia de dominio de los bienes con el propósito de que la sociedad fiduciaria cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero, mientras que en el encargo hay entrega de bienes sin transferencia de dominio, por lo cual no se forma un patrimonio autónomo»*⁴⁹.

En lo que respecta al régimen jurídico aplicable a cada uno de estos contratos, resulta pertinente señalar que la fiducia mercantil está regulada en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio, mientras que, en el caso del encargo fiduciario, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 146⁵⁰ del Estatuto

⁴⁶ Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa No. 006 de 2025, por medio de la cual se reexpide la Circular Básica Jurídica. Parte II «Mercado intermediado», Título II «Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros, Capítulo I «Disposiciones especiales aplicables a los negocios fiduciarios».

⁴⁷ Artículo 1233 del Código de Comercio.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 30 de septiembre de 2021, exp. 25000-23-24-000-2001-01159-01.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 16642.

⁵⁰ «Artículo 146. Normas generales de las operaciones fiduciarias. // 1. Normas aplicables a los encargos fiduciarios. En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que



Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), estos **se rigen por las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil**, y, subsidiariamente, por las normas del Código de Comercio en relación con el contrato de mandato, en ambos casos siempre que sean compatibles con la naturaleza propia de los encargos fiduciarios y que no se opongan a las reglas previstas en el EOSF.

Así las cosas, para determinar quiénes son parte en un contrato de encargo fiduciario, resulta pertinente, primero, revisar qué sujetos ostentan esta calidad en el contrato de fiducia mercantil. Sobre el particular, ha de señalarse que, si bien existe consenso sobre la calidad de parte del fiduciante o fideicomitente y del fiduciario en el contrato de fiducia, la cuestión de si el beneficiario o fideicomisario es un tercero o parte del negocio jurídico no ha sido uniforme ni pacífica en la jurisprudencia y la doctrina nacional. Lo anterior, considerando que, si bien el artículo 1226 del Código de Comercio, a través del cual se define el contrato de fiducia mercantil, menciona a los tres sujetos que pueden intervenir en el negocio jurídico, no especifica cuáles tienen la calidad de parte, como se observa a continuación:

*«Artículo 1226. Concepto de la fiducia mercantil. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada **fiduciante o fideicomitente**, transfiere uno o mas 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**.*

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios» (se destaca).

De este modo, cuando la norma hace alusión al beneficiario, señala que este es un tercero en relación con el fideicomitente o constituyente, pero no necesariamente en relación con el contrato. Además, cabe señalar que el estudio de la posición del beneficiario o fideicomisario frente al contrato de fiducia ha estado ligado al de su legitimación para demandar el incumplimiento de las obligaciones que de este se desprenden, como pasa a explicarse a continuación.

Por un lado, existen posiciones según las cuales el beneficiario es un *tercero* frente al negocio jurídico. Entre estas, sobresale la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, proferida en el año 2009⁵¹, en la cual sostiene que, *«por definición legis, las partes del negocio jurídico de fiducia mercantil son el fiduciante o fideicomitente y el fiduciario»*, mientras que *«el beneficiario o*

regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto».

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1° de julio de 2009, exp. 11001-3103-039-2000-00310-01, M.P. William Namén Vargas.



fideicomisario, expressis verbis es 'un tercero', cuya previsión por las partes, ni siquiera es menester para la celebración, existencia o eficacia final de la fiducia mercantil, en cuanto la finalidad fiduciaria podrá determinarse por el constituyente, fiduciante o fideicomitente, exclusivamente en su provecho, y determinada, por éste, a favor de un tercero, no por ello adquiere la calidad de parte, aunque su existencia condiciona la eficacia final del acto dispositivo, sus efectos definitivos, los fines perseguidos por las partes y su función práctica o económica social».

No obstante la calidad de tercero atribuida al beneficiario por parte de la Corte Suprema de Justicia, tal Corporación también señaló que este tiene legitimación, entre otras, para exigir el cumplimiento de la finalidad fiduciaria determinada a su favor, considerando que, *«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»*, otorgando al beneficiario *«ciertos derechos, facultades y acciones, usualmente reservados a las partes del acto dispositivo»*. En esta línea, la Corte puso de presente que, de conformidad con el artículo 1235⁵² del Código de Comercio, el beneficiario tiene derecho a *«[e]xigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas»*⁵³.

De otro lado, ha de señalarse que la justicia arbitral ha sostenido, en reiteradas ocasiones, la tesis contraria, a saber: que el beneficiario o fideicomisario es *parte* del contrato de fiducia mercantil. Así, en laudo proferido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali el 28 de noviembre de 2006⁵⁴, se puso de presente la definición contenida en el artículo 1226 del Código de Comercio, anteriormente transcrita, señalando que esta *«demuestra que en este contrato existen tres partes, pudiendo en algunos casos reunirse en una sola persona, dos de las calidades como son la del fideicomitente y el beneficiario»* (se destaca).

⁵² «Artículo 1235. Otros derechos del beneficiario. 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; [...]».

⁵³ En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina especializada. Así, por ejemplo, Fernando Hinestrosa señaló: «Lo fundamental en el contrato de fiducia mercantil, cuyas partes son exclusivamente el fiduciante y el fiduciario, es la transferencia de bienes del primero al segundo, para la constitución de un patrimonio autónomo, que ha de ser manejado de conformidad con las instrucciones dadas por el constituyente. [...] El tercero beneficiario tiene los derechos propios del tercero en cuyo favor se estipula el contrato, de conformidad con su interés específico» (se destaca) (Hinestrosa, Fernando. «Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico. Volumen II». Primera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. Páginas 620-621). Por su parte, Sergio Rodríguez Azuero ha sostenido: «por regla general, el beneficiario es un tercero que deriva su derecho de una estipulación a su favor hecha por el fideicomitente en el acuerdo fiduciario, en cuanto las acepte o como parte sobreviviente, con todos los derechos que el contrato y la ley le otorgan, pero que no se extienden a la totalidad de los que se derivan del negocio, en cuanto que parte de los mismos sólo ligan al fideicomitente y fiduciario, sin que tenga capacidad ni poder para intervenir al respecto» (Rodríguez Azuero, Sergio. «Negocios fiduciarios: su significación en América Latina». Primera edición. Legis Editores S.A. Bogotá, 2005. Página 182).

⁵⁴ Laudo Arbitral del 28 de noviembre de 2006. Rodríguez Jiménez y compañía S. en C. vs. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.



Además, con base en el artículo 1229⁵⁵ *ejusdem*, el tribunal de arbitramento indicó que esa norma ratifica *«la calidad de parte principal del beneficiario o fideicomisario al establecer como requisito esencial del contrato la existencia de dicha parte para que pueda cumplirse con el objeto del mismo»*.

Adicionalmente, el tribunal de arbitramento argumentó la calidad de parte del beneficiario, de la siguiente manera:

«El artículo 1.231 ibidem consagra un derecho expreso al beneficiario, entre otros para demandar judicialmente la obligación del fiduciario para efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia. Siendo que los derechos y obligaciones derivados de un contrato solo son relativos o exigibles por aquellas personas que son parte del mismo, no podría entenderse que el legislador hubiere previsto la existencia de una facultad en cabeza del beneficiario como si se considerara que este simplemente era un tercero respecto del contrato de fiducia.

Pero adicionalmente para reafirmar la propia ley que el beneficiario es ‘parte del contrato de fiducia’, el artículo 1.235 del Código de Comercio establece la existencia de unos derechos en cabeza del beneficiario, además de los establecidos en el acto constitutivo, o que le conceda la ley, entre los que se encuentran:

— ‘Exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el cumplimiento de ellas’, de donde necesariamente hay que concluir que el beneficiario tiene que ser parte del contrato de fiducia, pues si no lo es, no puede ejercer este tipo de acción de responsabilidad [...]».

En similar sentido se pronunció el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en laudo del 3 de agosto de 2000⁵⁶: *«este tribunal, no obstante la posición predominante de considerar que el beneficiario del contrato de fiducia es un tercero, deja plasmada su inquietud para que se revise dicha posición y, en su lugar, se entienda que en los contratos de fiducia mercantil el beneficiario del mismo, con o sin adhesión expresa al contrato de fiducia, por regla general, debe ser considerado como parte principal de dicho contrato y, en consecuencia, puede invocar el uso de la cláusula compromisoria que allí se estipule»*. Lo anterior, considerando, entre otras cosas, lo siguiente:

«El concepto moderno del derecho y la amplitud de las nuevas relaciones económicas que se vienen ejecutando, deben llevar a revisar los conceptos de la definición de parte, pues esta calidad no debe predicarse simplemente por la posición formal que se tenga respecto de la celebración del contrato, sino que debe cobijar también la concepción del interés económico o jurídico que tengan los sujetos que realicen la convención o se vinculen posteriormente, consintiendo en participar del mismo negocio y de la misma finalidad, sin distingos de condiciones accesorias que desnaturalizan el fin común del negocio. La comunidad de intereses en la realización teleológica del negocio, así la intervención de cada sujeto sea parcial, debe implicar la consideración de parte para todos en razón del vínculo negocial que los une».

⁵⁵ «Artículo 1229. Existencia de fideicomisario. La existencia del fideicomisario no es necesaria en el acto de constitución del fideicomiso, pero sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto».

⁵⁶ Laudo Arbitral del 3 de agosto de 2000. Arturo Camelo y otros vs. Santander Investment Trust Colombia S.A. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.



Así las cosas, la Sala aprecia que ambas posiciones —tanto aquella que considera al beneficiario como parte del contrato como aquella que le otorga la calidad de tercero— encuentran asidero, de una manera u otra, en la regulación de la fiducia mercantil. Es cierto que el Código de Comercio, en sus artículos 1231⁵⁷, 1234 numeral 8⁵⁸, 1235⁵⁹, 1239⁶⁰ y 1240⁶¹, otorga una serie de derechos al beneficiario; para quienes se inclinan por la primera postura, esta circunstancia implica, necesariamente, que el legislador le otorgó a aquel la calidad de parte en el negocio jurídico, pues, en virtud del principio de *relatividad de los contratos*, estos solo producen efectos entre las partes, generando derechos y obligaciones únicamente para ellas. Sin embargo, quienes defienden la segunda posición consideran que el beneficiario es un tercero que adquiere sus derechos en virtud de la estipulación que hace el fideicomitente en su favor, sin que esto lo convierta automáticamente en parte del contrato.

Con todo, tanto aquellos que consideran al beneficiario como parte del negocio como aquellos para quienes este es un tercero, coinciden en su legitimidad para demandar el incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria; esto se aprecia, *verbi gratia*, tanto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia como en los

⁵⁷ «Artículo 1231. Obligación de efectuar inventario y caución especial. A petición del fiduciante, del beneficiario, o de sus ascendientes, en caso de que aún no exista, el juez competente podrá imponer al fiduciario la obligación de efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia, así como la de prestar una caución especial».

⁵⁸ «Artículo 1234. Otros deberes indelegables del fiduciario. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: [...] 8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses».

⁵⁹ «Artículo 1235. Otros derechos del beneficiario. 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; 2) Impugnar los actos anulables por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda; 3) oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afectan, en caso de que el fiduciario no lo hiciere, y 4) Pedir al Superintendente Bancario por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino».

⁶⁰ «Artículo 1239. Causales de remoción del fiduciario. A solicitud de parte interesada el fiduciario podrá ser removido de su cargo por el juez competente cuando se presente alguna de estas causales: 1) Si tiene intereses incompatibles con los del beneficiario; 2) Por incapacidad o inhabilidad; 3) Si se le comprueba dolo o grave negligencia o descuido en sus funciones como fiduciario, o en cualquiera otros negocios propios o ajenos, de tal modo que se dude fundadamente del buen resultado de la gestión encomendada, y 4) Cuando no acceda a verificar inventario de los bienes objeto de la fiducia, o a dar caución o tomar las demás medidas de carácter conservativo que le imponga el juez».

⁶¹ «Artículo 1240. Causales de extinción del negocio fiduciario. Son causas de extinción del negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, las siguientes: 1) Por haberse realizado plenamente sus fines; 2) Por la imposibilidad absoluta de realizarlos; 3) Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley; 4) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido; 5) Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia; 6) Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción; 7) Por disolución de la entidad fiduciaria; 8) Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario; 9) Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo; 10) por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y 11) Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho».



laudos arbitrales referidos en el presente acápite. Y es que, en realidad, no podría ser de otra manera, pues esta habilitación se desprende directamente del artículo 1235 del Código de Comercio, según el cual «[e]l beneficiario tendrá, además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley», el de «[e]xigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas». Lo anterior, valga precisar, tiene plena aplicación para los contratos de encargo fiduciario, ya que, como se explicó anteriormente, estos se rigen por las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, siempre que sean compatibles con su naturaleza⁶².

2.2.5. En el caso *sub judice*, el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. tuvieron la calidad de fideicomitentes, mientras que Fiduprevisora S.A., la de fiduciaria, en el marco del contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020⁶³. En esta medida, como partes del contrato estatal, los sujetos demandados en este proceso están legitimados en la causa por pasiva.

Ahora bien, en lo que respecta a la legitimación en la causa por activa —punto apelado por el recurrente—, ha de revisarse si los demandantes —Financiamos S.A. y los particulares prestamistas— estaban habilitados para formular las pretensiones principales y la «*primera serie de pretensiones subsidiarias*» en ejercicio de la acción contractual, para lo cual resulta determinante establecer si tenían la calidad de **beneficiarios** del encargo fiduciario, asunto que se estudia a continuación.

Para comenzar, conviene anotar que el Consejo de Estado, en sentencia del 26 de octubre de 2009⁶⁴, se refirió a la calidad de beneficiario en el contrato de fiducia mercantil, asunto que, según se ha explicado en este acápite, resulta aplicable al encargo fiduciario. Esto sostuvo: «[...] el beneficiario de un contrato de fiducia mercantil es el titular de los réditos que produzcan dichos bienes, el que, en ciertas ocasiones puede ser el mismo fiduciante».

En el presente asunto, la Sala observa que, en desarrollo del encargo fiduciario, Fiduprevisora S.A. emitió dos certificados de fuente de pago a nombre de Financiamos Ltda. —posteriormente Financiamos S.A.—: **(i)** certificado del 15 de diciembre de 2005, por valor de \$416'000.000, y **(ii)** certificado del 14 de marzo de 2006, por valor de \$260'000.000. Estos certificados fueron expedidos por la sociedad fiduciaria, con base en instrucciones emitidas por los fideicomitentes mediante oficios del 13 de diciembre de 2005 y el 23 de febrero de 2006, respectivamente, y en ambas comunicaciones se precisó que los recursos que se girarían a Financiamos S.A. correspondían a aquellos recaudados por el fideicomiso⁶⁵.

⁶² Según lo establecido en el numeral 1 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).

⁶³ Como se verá en el hecho probado 3.1.2.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 26 de octubre de 2009, exp. 16598.

⁶⁵ Como se detallará en los hechos probados 3.1.4 y 3.1.5.



En esta línea, ambos certificados de fuente de pago incluyeron una transcripción de las instrucciones de los fideicomitentes, en el sentido de que los recursos para pagar a Financiamos S.A. correspondían a aquellos recaudados por el fideicomiso, y que *«luego de realizadas las reservas de recursos correspondientes al servicio de la deuda de Financiamos Ltda. [...] y los gastos del fideicomiso»*, los recursos remanentes quedarían a disposición de los fideicomitentes. Así, en virtud de los certificados de fuente de pago, en línea con las instrucciones de los fideicomitentes, Financiamos S.A. adquirió el derecho a que los recursos del encargo fueran fuente de los pagos que debían realizarse a su favor, teniendo prelación sobre los propios fideicomitentes en la destinación de estos recursos.

Ahora bien, aunque Financiamos S.A. estaba llamada a recibir recursos recaudados por la ejecución de los contratos de asociación y cuentas en participación, celebrados entre Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe, los cuales debían ingresar a la cuenta administrada por Fiduprevisora S.A. en el marco del encargo fiduciario, esto no es suficiente para concluir su calidad de beneficiario en el marco de dicho contrato. Al respecto, ha de precisarse que el motivo por el cual los certificados de fuente de pago fueron emitidos a nombre de Financiamos S.A. obedece a que esta sociedad actuó como **mandataria** de los prestamistas, circunstancia que amerita el examen de esta Sala de Subsección.

Pues bien, en los hechos de la demanda presentada por Financiamos S.A. y los particulares que otorgaron créditos, se expresó que cada uno de estos celebró con aquella sociedad un **contrato de mandato**, en virtud del cual le encargaron ser titular de las garantías y fuentes de pago otorgadas por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe, así como exigir su cumplimiento⁶⁶.

La Sala observa que las pruebas obrantes en el plenario acreditan los actos de representación que Financiamos S.A. ejecutó en favor de los prestamistas.

Así, por ejemplo, la conducta desplegada por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y por el Hospital Tomás Uribe Uribe, en calidad de fideicomitentes, en el sentido de dar instrucciones a la fiduciaria Fiduprevisora S.A. para que expidiera certificados de fuente de pago a favor de Financiamos S.A.⁶⁷, es indicativa de que conocían su

⁶⁶ El hecho No. 37 de la demanda es del siguiente tenor: *«En virtud de los contratos de mandato celebrados entre FINANCIAMOS S.A. y cada una de las personas naturales y jurídicas relacionadas en el hecho treinta y cinco (35), estos últimos encargaron a la primera ser titular de las garantías y fuentes de pago otorgadas por GESTIÓN HOSPITALARIA S.A. y EL HOSPITAL TOMÁS URIBE URIBE E.S.E. y exigir el cumplimiento de las mismas [...]»*.

⁶⁷ Por medio de dos oficios diferentes, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe —fideicomitentes— solicitaron expresamente a Fiduprevisora S.A. —fiduciaria— emitir certificados de fuente de pago, en el marco del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020, a nombre de Financiamos Ltda. —posteriormente Financiamos S.A.—. En el primero de ellos (folio 59 del cuaderno 2), de fecha 13 de diciembre de 2005, la instrucción de los fideicomitentes fue emitir un certificado por valor de \$416'000.000. En el segundo oficio (folio 60 del cuaderno 2), de fecha 23 de febrero de 2006, se solicitó que el certificado fuera por un valor de \$260'000.000. En ambas comunicaciones se precisó que los recursos que se transferirían a Financiamos S.A. correspondían



calidad de representante o mandatario de los prestamistas, teniendo en cuenta que, con los certificados de fuente de pago, se buscaba respaldar los créditos otorgados por estos últimos, en virtud de los préstamos que habían hecho a favor de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. Estas instrucciones, además, fueron acatadas por la sociedad fiduciaria al expedir los certificados de fuente de pago⁶⁸.

Es más, en el cuaderno No. 1 del expediente, se observa que los 23 prestamistas remitieron, de manera individual, pero usando el mismo texto, comunicaciones a Financiamos S.A., todas ellas del 14 de mayo de 2009⁶⁹, realizando varias declaraciones sobre los hechos que dieron lugar a la controversia y reconociendo expresamente la calidad de mandatario de dicha sociedad.

En dichos documentos, se incluyó el siguiente texto:

«1.- Que en calidad de Acreedor he intervenido en operaciones de crédito que se han otorgado a favor de la sociedad GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A., que me fueron presentadas como opción de inversión por la sociedad FINANCIAMOS S.A., en su calidad de Corredora.

*2.- Que la garantía y fuente de pago que me fue descrita como parte de la operación fue la de la expedición de Certificados Fiduciarios expedidos por FIDUPREVISORA S.A., como administradora del encargo fiduciario constituido por la deudora y el Hospital Tomás Uribe Uribe E.S.E., encargo que administraba la totalidad de los dineros provenientes del pago de las facturas emitidas por los Fideicomitentes a las empresas aseguradoras y al Fosyga, **los que fueron expedidos a favor de FINANCIAMOS S.A. como mandataria de sus inversionistas, todo lo cual fue conocido y aceptado por mí**» (se destaca).*

a aquellos recaudados por el fideicomiso. Adicionalmente, especificaron: *«luego de realizadas las reservas de recursos correspondientes al servicio de la deuda de Financiamos Ltda. [...] y los gastos del fideicomiso, los recursos remanentes quedarán a disposición del fideicomitente».*

⁶⁸ Con base en las instrucciones de los fideicomitentes, Fiduprevisora S.A. emitió dos certificados de fuente de pago a nombre de Financiamos Ltda. —posteriormente Financiamos S.A.—: (i) certificado del 15 de diciembre de 2005 (folio 217 del cuaderno 2), el cual se emitió a partir de la solicitud de los fideicomitentes de fecha 13 de diciembre del mismo año, por valor de \$416'000.000, y (ii) certificado del 14 de marzo de 2006⁶⁸, en cumplimiento de la instrucción otorgada mediante comunicación del 23 de febrero de 2006, por valor de \$260'000.000. En los dos certificados, luego de describir el objeto del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020, Fiduprevisora S.A. señaló que este podía ser *«fuente de pago de créditos otorgados por las entidades financieras a favor del fideicomitente, [...] sin que ello sea entendido como un fideicomiso de garantía»*. En este sentido, aclaró que la fiduciaria se abstendría de suscribir cualquier documento de crédito como vocera del encargo fiduciario, que la obtención y pago de los créditos sería de entera responsabilidad de los fideicomitentes, como únicos deudores, y que la fiduciaria pagaría *«según sus instrucciones y hasta concurrencia de los recursos [...]»*. Indicó, igualmente, que los recursos que hacían parte del encargo fiduciario eran aquellos provenientes del pago de las facturas emitidas por el fideicomitente a las empresas aseguradoras y el FOSYGA. Por otra parte, ambos certificados incluyeron una transcripción de las instrucciones de los fideicomitentes, en el sentido de que los recursos para pagar a Financiamos S.A. correspondían a aquellos recaudados por el fideicomiso, y que *«luego de realizadas las reservas de recursos correspondientes al servicio de la deuda de Financiamos Ltda. [...] y los gastos del fideicomiso»*, los recursos remanentes quedarían a disposición de los fideicomitentes. Al final de cada certificado, Fiduprevisora S.A. reiteró: *«no se trata de un certificado de garantía en desarrollo del citado fideicomiso»*. Adicionalmente, en el segundo certificado, emitido el 14 de marzo de 2006, se precisó que su vigencia era *«hasta el vencimiento del respectivo contrato»*.

⁶⁹ Folios 69, 73, 76, 81, 85, 93, 99, 110, 132 a 133, 150, 162, 166 a 167, 171, 175, 185, 193 a 194, 200, 205, 216, 220, 228, 237, 241 a 242 del cuaderno 1.



Adicionalmente, el párrafo final de cada una de estas misivas fue del siguiente tenor:

*«Por lo anterior, declaro expresamente que conozco y acepto la totalidad de los contratos y actuaciones surtidas en las operaciones atrás descritas por parte de FINANCIAMOS S.A. **como corredora y mandataria en todas estas actuaciones**»* (se destaca).

Se observa, entonces, que a través de las comunicaciones del 14 de mayo de 2009 los propios prestamistas de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., demandantes en este proceso, confirmaron su calidad de mandantes de Financiamos S.A.

Sobre el particular, resulta pertinente señalar que, como lo ha sostenido la doctrina⁷⁰, el mandato es *«un contrato en virtud del cual una parte llamada mandante, encarga a otra, llamada mandataria, la gestión de uno o más negocios, por cuenta y riesgo de la primera»*. En el caso *sub examine*, la gestión que los prestamistas encargaron a Financiamos S.A. estaba relacionada con su participación en el contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020, razón por la cual le habrían encomendado actuar como titular de los certificados de fuente de pago otorgados por instrucción de los fideicomitentes y exigir su cumplimiento.

A lo anterior, cabe añadir que, sobre la prueba de la existencia del contrato de mandato, se ha dicho lo siguiente⁷¹: *«el mandato, en sí mismo, puede ser acreditado por cualquier medio probatorio idóneo, bajo la noción fundamental de que es eminentemente consensual»*. En la misma línea, se ha agregado: *«[e]ntonces, las condiciones y alcances del mandato, en sí, pueden probarse de cualquier manera, de conformidad con los principios probatorios sentados en el Código de Procedimiento Civil. Hay, pues, libertad comprobatoria»*.

Teniendo en cuenta estas consideraciones y los elementos probatorios puestos de presente, no queda duda de que Financiamos S.A. actuó como mandataria de los prestamistas, de lo cual se desprende que sí existió contrato de mandato de esta sociedad con cada uno de ellos.

2.2.6. Ahora bien, el hecho de que Financiamos S.A., en calidad de mandataria de los 23 prestamistas, fuera titular de los certificados de fuente de pago de fecha 15 de diciembre de 2005 y 14 de marzo de 2006, emitidos por Fiduprevisora S.A., no implica, *per se*, que esta sociedad tuviera la calidad de beneficiaria en el marco del contrato de encargo fiduciario.

Al respecto, ha de señalarse que la jurisprudencia, así como la doctrina⁷², han tratado la distinción entre el mandato representativo y aquel sin representación,

⁷⁰ Bonivento Fernández, José Alejandro. *«Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales»*. Primera edición. Editorial: Tirant lo Blanch. 2024. Páginas 773-774.

⁷¹ *Ibid.* Páginas 791-792.

⁷² *Ibid.* Páginas 774-783.



asunto que conviene precisar. En términos generales, esta Corporación⁷³ ha considerado, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2177⁷⁴ del Código Civil, que el mandato es «*con representación*» cuando el mandatario revela su calidad ante terceros, es decir, cuando expresa que actúa en nombre del mandante, evento en el cual es este quien se obliga ante ellos, en lugar del mandatario. En cambio, el mandato «*sin representación*» tiene lugar cuando el mandatario celebra a nombre propio los negocios confiados por el mandante, ocultando su calidad, en cuyo caso se obliga directamente con su contraparte, sin que surja, en este escenario, relación jurídica entre el tercero y el mandante. En otras palabras, la diferenciación entre mandato representativo y sin representación resulta útil para determinar si existe una relación jurídica entre el mandante y los terceros con quienes ha contratado el mandatario en el desarrollo de su gestión.

En todo caso, con independencia de que el mandato sea con o sin representación, este negocio fue concebido por el legislador de tal forma que el mandatario desarrolle una gestión o encargo por cuenta y riesgo de su mandante, particularidad que, según la jurisprudencia de esta Corporación, constituye uno de los elementos de la esencia de este contrato. Así se ha expresado⁷⁵:

*«De este modo, son dos los elementos de la esencia de un mandato. El primero, es la encomienda de negocios o actos de comercio, cuya ejecución o cumplimiento — en los términos estipulados— constituye el objeto del contrato. El segundo, es la **actuación por cuenta y riesgo del mandante**, que, en otras palabras, significa que el resultado de las obligaciones desarrolladas por el mandatario están llamadas a desembocar en el patrimonio del mandante» (se destaca).*

En consecuencia, la jurisprudencia contencioso administrativa ha sostenido que «*el resultado de las obligaciones desarrolladas por el mandatario*» debe «*desembocar en el patrimonio del mandante*», lo cual es corolario de que el mandatario despliegue su labor por cuenta y riesgo del comitente⁷⁶.

En esta línea, al estudiar la relación existente entre mandante y mandatario, esta Corporación se ha pronunciado en los siguientes términos⁷⁷:

«En todo caso, independientemente de si, frente a terceros, se actúa con o sin representación, en ambos casos, el mandatario está obligado, en virtud del mandato subyacente al negocio celebrado con el tercero, a trasladar los efectos del encargo al mandante, quien, a su vez, salvo incumplimientos del negocio, recibe y refleja en su patrimonio estos efectos. Lo anterior, dado que el mandatario actúa por cuenta

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 18 de junio de 2020, exp. 22777, y sentencia del 21 de octubre de 2021, exp. 25125.

⁷⁴ «Artículo 2177. El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contestar <sic> a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante».

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 18 de junio de 2020, exp. 22777.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 18 de junio de 2020, exp. 22777.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 21 de octubre de 2021, exp. 25125.



de su mandante para la ejecución del encargo asignado por este, lo que hace al mandatario un intermediario para la gestión encomendada».

2.2.7. En este orden de ideas, para determinar si Financiamos S.A. y los prestamistas ostentaban la calidad de beneficiarios en el contrato de encargo fiduciario y, por tanto, si para este asunto se encuentran legitimados en la causa por activa, resulta pertinente analizar el esquema bajo el cual se constituyeron los mandatos entre estos y aquella sociedad. Concretamente, la Sala debe definir si los fideicomitentes, al ordenar a Fiduprevisora S.A. la emisión de los certificados de fuente de pago a favor de Financiamos S.A. —instrucciones que fueron acatadas por la fiduciaria—, tenían conocimiento de que la destinataria de esos instrumentos actuaba en calidad de mandataria de los prestamistas.

Como se explicó en el presente acápite, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe, en calidad de fideicomitentes, dieron instrucciones a la sociedad fiduciaria para que expidiera los certificados de fuente de pago a favor de Financiamos S.A.; la emisión de estos instrumentos tuvo por objeto, precisamente, respaldar los créditos otorgados por los prestamistas a favor de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., tal como lo pusieron de presente las partes en el proceso. Así, resulta evidente que, si los fideicomitentes no hubieran tenido conocimiento sobre la representación que Financiamos S.A. ejercía para los prestamistas, no tendría sentido que aquellos hubieran ordenado emitir los certificados de fuente de pago a nombre de esa sociedad; en cambio, es probable que hubieran solicitado su expedición, directamente, a nombre de los mutuantes, lo cual no ocurrió.

En este contexto, el hecho de que la orden de los fideicomitentes —acatada por la fiduciaria— haya sido emitir los certificados a nombre de Financiamos S.A., para respaldar los préstamos que habían sido efectuados por parte de los prestamistas —personas naturales y jurídicas— y no de aquella sociedad, es indicativo de que conocían la calidad de representante o mandatario de los prestamistas que ostentaba Financiamos S.A., circunstancia que excluye la posibilidad de que se tratara de un mandato oculto o sin representación.

2.2.8. De este modo, ha de concluirse que la gestión desarrollada por Financiamos S.A. fue encomendada por los prestamistas a través de **mandatos con representación**, en los que el mandatario, es decir, Financiamos S.A., no ocultó su calidad de representante o mandatario de los prestamistas ante los demás intervinientes del negocio fiduciario —esto es, el Hospital Tomás Uribe Uribe, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y Fiduprevisora S.A.—, cuya conducta, a su vez, permite evidenciar que conocían dicha representación. En este orden de ideas, la Sala destaca que, si bien los certificados de fuente de pago fueron emitidos a nombre de Financiamos S.A. con fundamento en los contratos de mandato, lo cierto es que los prestamistas cuentan con la facultad de reclamar a los mencionados terceros —ajenos a las relaciones de mandato— el incumplimiento de lo consignado en dichos documentos, pues eran ellos los titulares de los derechos consignados en estos, situación que era conocida por los fideicomitentes y la sociedad fiduciaria.



En adición de lo anterior, y de conformidad con lo expuesto en este acápite, se resalta que el hecho de que la participación de Financiamos S.A. haya tenido lugar bajo el esquema de mandatos representativos implica, en punto a la legitimación para demandar el incumplimiento del contrato de encargo fiduciario por el impago de la suma indicada en los certificados, que en realidad Financiamos S.A. no estaba habilitada para ello, ya que estos fueron emitidos para respaldar los créditos otorgados por los prestamistas a Gestión Hospitalaria S.A., mientras que Financiamos S.A. actuaba como un simple intermediario.

En otras palabras, en criterio de esta Sala, eran los prestamistas —y no su mandatario— quienes ostentaban la calidad de beneficiarios del contrato de encargo fiduciario, pues eran ellos los llamados a obtener un beneficio directo de los réditos del fideicomiso; así, en línea con la forma en que estaba estructurado el negocio fiduciario, luego de que Fiduprevisora S.A. desembolsara los recursos indicados en los certificados de fuente de pago, estos debían verse reflejados, en últimas, en el patrimonio de los mandantes. Lo anterior, además, guarda consistencia con lo expuesto acerca de la esencia del contrato de mandato: en la medida en que estos eran ejecutados por cuenta y riesgo de cada prestamista —en este caso, por haber efectuado el respectivo préstamo—, el mandatario está obligado a trasladar a su comitente los efectos económicos derivados del encargo —a saber, las sumas que desembolsara la fiduciaria—.

2.2.9. Conforme con lo anterior, vale la pena precisar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 1235 del Código de Comercio, al cual se ha hecho referencia en el presente acápite, la calidad de beneficiarios del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020 legitima a los particulares que otorgaron créditos para demandar el incumplimiento, por parte de Fiduprevisora S.A., de las obligaciones que se encontraban a su cargo. Empero, con independencia de que los prestamistas demandantes, en su posición de beneficiarios o fideicomisarios, se consideren parte o no del contrato de encargo fiduciario, las circunstancias fácticas del presente asunto permiten dilucidar claramente el *interés legítimo* que les asistía para pretender el incumplimiento del negocio jurídico, no solamente por parte de la fiduciaria sino también de los fideicomitentes —a saber, el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.—, el cual, según lo alegado en la demanda, les habría causado una serie de perjuicios.

Por todo lo anterior, concluye la Sala que, en el asunto *sub judice*, únicamente los prestamistas tenían la calidad de beneficiarios del encargo fiduciario y, en consecuencia, estaban legitimados en la causa por activa para formular las pretensiones principales y la «*primera serie de pretensiones subsidiarias*» en ejercicio de la acción contractual, mientras que Financiamos S.A., por el contrario, no contaba con dicha legitimación.

2.2.10. Finalmente, en lo que respecta a la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*», ha de precisarse que estas están encaminadas, principalmente, a la declaratoria de existencia de los contratos de mutuo mercantil celebrados entre



Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y las personas naturales y jurídicas que otorgaron créditos a esta sociedad, así como el incumplimiento de dichos negocios jurídicos por parte Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe, este último por haber revelado su calidad de partícipe inactivo en los contratos de asociación y cuentas en participación celebrados con aquella sociedad, según lo dispuesto en el artículo 511 del Código de Comercio.

Así las cosas, en relación con este grupo de súplicas, se encuentran legitimados en la causa por activa los particulares prestamistas, quienes celebraron los contratos de mutuo con Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. —como se verá más adelante en las consideraciones de esta providencia— En cambio, no se encuentra habilitada frente a estas pretensiones Financiamos S.A., también demandante en este proceso, por no haber hecho parte de dichas operaciones de crédito.

Por su parte, la legitimación en la causa por pasiva debe predicarse de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., sociedad esta que recibió los préstamos por parte de los particulares, así como del Hospital Tomás Uribe Uribe, de quien se pretende la responsabilidad solidaria por el incumplimiento de los mutuos, de conformidad con artículo 511 del Código de Comercio.

2.2.11. Por todo lo expuesto, esta Subsección advierte la falta de legitimación en la causa por activa de Financiamos S.A. frente a las pretensiones principales y sus subsidiarias, así como también frente a la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*» de la demanda.

Así las cosas, se mantendrá la determinación del Tribunal *a quo* en cuanto a la declaratoria de oficio de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa en relación con Financiamos S.A., pero, a su vez, se revocará la decisión concerniente a la falta de legitimación en la causa por activa de los 23 prestamistas, pues, como acaba de verse, estos sí se encuentran legitimados para demandar el incumplimiento tanto del contrato de encargo fiduciario como de los mutuos.

Superado este punto, la Sala pasará a analizar los demás presupuestos procesales.

2.3. Ejercicio oportuno de la acción contractual

2.3.1. Tal como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación⁷⁸, para garantizar el principio de la seguridad jurídica y evitar que las situaciones permanezcan judicialmente indefinidas en el tiempo, el legislador estableció el fenómeno de la caducidad, consagrando al efecto unos plazos razonables, perentorios e irrenunciables para que las personas acudan ante la jurisdicción con el fin de ejercer su derecho de acción y formular sus pretensiones.

⁷⁸ Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. 21906 y sentencia del 5 de julio de 2018, exp. 43916, y Subsección C, sentencia del 23 de agosto de 2024, exp. 67969.



En este orden, la caducidad es una institución jurídico procesal en virtud de la cual una persona pierde la facultad de accionar y hacer efectivos sus derechos, si no ha puesto en marcha el aparato judicial dentro del término legal fijado. Se trata, entonces, de una sanción prevista por el ordenamiento jurídico en interés general, con el fin de otorgar certidumbre y materializar el ejercicio razonable y proporcional del derecho de acceso a la administración de justicia; además, por ser de orden público, el juez debe declararla de oficio siempre que constate su ocurrencia⁷⁹.

2.3.2. Previo a abordar el examen de caducidad en este asunto, la Sala precisa que las pretensiones frente a las cuales examinará este presupuesto procesal están relacionadas con el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020 del 10 de septiembre de 2004, que buscan, además de la declaratoria de existencia y validez de tales negocios jurídicos, la declaratoria de incumplimiento contractual de Fiduprevisora S.A., del Hospital Tomás Uribe Uribe E.S.E. y de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., lo cual hace procedente la acción contractual prevista en el artículo 87 del CCA.

Para el *a quo*, la demanda se presentó por fuera del plazo establecido en el artículo 136 del CCA, ya que el contrato de encargo fiduciario terminó el 10 de septiembre de 2006, mientras que el libelo introductorio se interpuso después de los 2 años. En contraste con lo anterior, la parte demandante, en el recurso de apelación, alegó que el Tribunal desconoció la naturaleza del aludido negocio jurídico, el cual se regía «*por las normas del derecho privado*», de ahí que tal acuerdo de voluntades no ostentara la naturaleza de contrato estatal y, por tal razón, no eran aplicables los términos de caducidad previstos en el CCA, sino los plazos de prescripción.

Con el fin de resolver el cargo concreto de la apelación, la Sala de Subsección se referirá, en primer lugar, a la naturaleza del contrato de encargo fiduciario objeto de estudio y al régimen jurídico que lo gobierna, para luego, en segundo lugar, examinar si la demanda en cuestión, en lo que concierne a las pretensiones relacionadas con ese contrato, se presentó en tiempo o no.

2.3.3. De entrada, la Sala de Subsección advierte que el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020, del 10 de septiembre de 2004, ostenta la naturaleza de un negocio jurídico estatal, ya que fue celebrado por dos entidades públicas, que fueron las siguientes: Hospital Tomás Uribe Uribe —Empresa Social del Estado⁸⁰— y Fiduprevisora S.A. —entidad financiera de carácter estatal, cuya naturaleza corresponde a la de una sociedad de economía mixta del orden nacional⁸¹—. También fue suscrito por Gestión

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 25712.

⁸⁰ El artículo 194 de la Ley 100 de 1993 señala que las Empresas Sociales del Estado son creadas «*por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso*». En lo que respecta al Hospital demandado, este fue creado a través de la Ordenanza No. 005 de 1996, expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca (folio 594 del cuaderno 1A y folio 244 del cuaderno 1).

⁸¹ En el certificado de existencia y representación legal de Fiduprevisora S.A., expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, se definió su naturaleza jurídica de la siguiente manera:



Hospitalaria de Colombia S.A., que es una sociedad de carácter privado.

Ahora, si bien el contrato de encargo fiduciario en estudio es de naturaleza estatal, ha de destacarse que aquel se encuentra regido por las normas del derecho privado. En efecto, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, que establece el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado, como lo es el Hospital Tomás Uribe Uribe, dispone en su numeral 6 que **«[e]n materia contractual se registrá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública»** (se destaca).

A su vez, según lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, *«[l]os Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades»*. En este caso, como Fiduprevisora S.A. es una entidad financiera de carácter estatal⁸², el contrato de encargo fiduciario suscrito por esta sociedad no se encuentra sujeto a las prescripciones de la Ley 80 de 1993.

En ese orden ideas, la Sala concluye que el contrato de encargo fiduciario en cuestión es de naturaleza estatal, pero que no se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino por el derecho privado.

2.3.4. Aclarado lo anterior, esta Sala de Subsección considera oportuno precisar que el hecho de que el contrato de encargo fiduciario objeto de estudio se gobierne por las normas del derecho privado, no significa la inoperancia de las normas procesales que prevé el CCA, ya que las controversias derivadas de aquel son del resorte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de ahí que resulten aplicables las reglas de caducidad de la acción, que constituyen el límite temporal para acudir ante esta jurisdicción.

Sobre el particular, esta Corporación ha señalado lo siguiente⁸³:

«[...] es menester precisar que si bien es cierto al contrato objeto de estudio le resultan aplicables las normas de derecho privado, también lo es —como ya se dijo— que dicho contrato es estatal, por tanto, la competencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, le corresponde a esta Jurisdicción y, por tal razón, las normas procesales aplicables no pueden ser otras que las contenidas en el Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de 1984—; al respecto la jurisprudencia de la Corporación ha puntualizado:

«Sociedad Anónima de Economía Mixta de carácter indirecto y del Orden Nacional. Entidad sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia» (folio 595 del cuaderno 1A).

⁸² Según el certificado de existencia y representación legal de Fiduprevisora S.A., expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia el 5 de junio de 2009, la naturaleza jurídica de esa entidad corresponde a la de una *«sociedad anónima de economía mixta de carácter indirecto y del orden nacional»* (Folio 595 del cuaderno 1A).

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 14 de agosto de 2013, exp. 45191.



‘De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.’⁸⁴

Así las cosas, concluye la Sala que dado que el contrato en cuestión es estatal y que, por tal razón, las controversias que con ocasión suya se originen son de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en vía judicial las normas procesales que le son aplicables son las previstas en el Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de 1984— normativa que prevé de manera expresa un término de caducidad para presentar la acción de controversias contractuales y no uno de prescripción».

En ese sentido, como el asunto *sub examine* debe ser resuelto por la jurisdicción de lo contencioso administrativo —en virtud del criterio orgánico establecido en el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1° de la Ley 1107 de 2006—, en tanto el contrato de encargo fiduciario fue suscrito por dos entidades públicas, ha de advertirse que deben aplicarse las reglas de caducidad previstas en el CCA, al margen de que dicho negocio jurídico se rija por el derecho privado.

Con lo expuesto queda claro, entonces, que para acudir a esta jurisdicción en ejercicio del derecho de acción existe un límite temporal, que son las reglas de caducidad previstas en el CCA, las cuales no pueden ser remplazadas por las normas de la prescripción que contempla el derecho privado, ya que, al ser dos figuras que regulan fenómenos jurídicos diferentes, *«no es posible aplicar las normas que regulan la prescripción a la caducidad, o viceversa»⁸⁵.*

2.3.5. Al hilo con lo anterior, la Sala recuerda que el CCA establece unas reglas especiales a las cuales debe acudirse para efectos de determinar el momento a partir del cual debe iniciar el cómputo de la caducidad cuando la demanda tiene origen en un contrato. Entre esas reglas especiales existe una que hace relación a

⁸⁴ Original de la cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de agosto 20 de 1998, Expediente No. 14202, C.P. Juan de Dios Montes.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de mayo 27 de 2004, exp. No. 24371. Ver, también, auto del 14 de agosto de 2013, exp. 45191, proferido por la Subsección A de la Sección Tercera, en el cual se consideró lo siguiente: *«Adicionalmente y como quiera que la parte impugnante pretende que, en lugar del término de caducidad de la acción, se le aplique el término de prescripción contemplado en las normas de derecho privado, **considera la Sala oportuno advertir, en primer lugar, que las normas que regulan la prescripción no se le pueden aplicar a la caducidad, habida cuenta que son dos figuras que regulan fenómenos diferentes**; al respecto la jurisprudencia ha sostenido: ‘La caducidad se refiere a la extinción de la acción, mientras que la prescripción a la del derecho; la primera debe ser alegada, mientras que la caducidad opera ipso iure; la prescripción es renunciante, mientras que la caducidad no lo es, en ningún caso, y mientras que los términos de prescripción pueden ser suspendidos o interrumpidos, los de caducidad no son susceptibles de suspensión, salvo expresa norma legal, como es el caso de la conciliación prejudicial establecida en la Ley 640 de 2001’»* (se destaca).



los contratos que requieren de liquidación, actuación que viene a ser el punto de referencia para efectos de computar el término para ejercer el derecho de acción.

En este asunto, como el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020 se rige por las normas del derecho privado, no es posible acudir a las disposiciones sobre liquidación que trae el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Además, ha de señalarse que el contrato *sub examine* tampoco está sujeto a una etapa liquidatoria por vía convencional, toda vez que las partes, en ejercicio de su autonomía negocial, no incorporaron una estipulación de esta naturaleza en los documentos integrantes del negocio jurídico.

En este sentido, el contrato de encargo fiduciario objeto de estudio no requería liquidación, de ahí que, en este caso, para efectos del cómputo de la caducidad en relación con las pretensiones relacionadas con ese negocio jurídico, resulte aplicable el literal b del numeral 10 del artículo 136 del CCA, que prevé lo siguiente:

«[...] 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

[...] b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa; [...]».

Bajo este contexto, siguiendo las prescripciones de la norma citada, los dos (2) años dispuestos para presentar la demanda, en ejercicio de la acción contractual, deben computarse a partir de la terminación del contrato en cuestión.

En la cláusula octava⁸⁶ del contrato de encargo fiduciario se pactó que la vigencia de aquel sería de un (1) año contado a partir de su suscripción, y que podía ser prorrogado de mutuo acuerdo por las partes. Se observa, entonces, que la duración de dicho negocio jurídico fue expresamente sometida a plazo, y en tanto aquel fue celebrado el 10 de septiembre de 2004⁸⁷, debe entenderse que su vigencia se extendía, en principio, hasta el 10 de septiembre de 2005. Ahora bien, en la cláusula primera⁸⁸ del otrosí No. 1 al contrato de encargo fiduciario en cuestión, que modificó la vigencia de dicho acuerdo de voluntades, se plasmó que el término de duración de aquel se extendía por un año más, hasta el 10 de septiembre de 2006.

En este punto resulta oportuno precisar que, aunque al proceso no fueron aportadas las copias de nuevos otrosíes que introdujeran prórrogas al plazo contractual, lo cierto es que en el expediente obran múltiples documentos que acreditan que el

⁸⁶ «CLÁUSULA OCTAVA.- VIGENCIA DEL CONTRATO: La vigencia del presente contrato será de un (1) año contado a partir de la suscripción del presente contrato, el cual podrá ser prorrogado de mutuo acuerdo entre las partes» (Folio 263 del cuaderno 1).

⁸⁷ Folio 265 del cuaderno 1.

⁸⁸ «CLÁUSULA PRIMERA.- Prorróguese el término de duración del contrato de encargo fiduciario 3-1-0020 por un año más, hasta el 10 de septiembre de 2006». (Fl. 302, C. 1).



negocio de encargo fiduciario se extendió hasta el 31 de julio de 2007⁸⁹.

Para comenzar, es pertinente señalar que el acervo probatorio contiene una comunicación del 2 de diciembre de 2006⁹⁰, suscrita por la señora Claudia Jimena Cárdenas Soto, en calidad de representante legal de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., y el señor Víctor Hugo De León Fernández, como representante legal del Hospital Tomás Uribe Uribe, por medio de la cual manifestaron conjuntamente a Fiduprevisora S.A. su *«intención de prorrogar el contrato No. 3-1-0020 suscrito entre Hospital Tomás Uribe Uribe, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y la Fiduciaria La Previsora S.A. hasta el **31 de julio de 2007**»* (se destaca). Luego, mediante comunicación del 28 de diciembre del mismo año⁹¹, el señor De León Fernández —representante legal del Hospital— reiteró su voluntad de extender la duración del contrato de encargo fiduciario hasta la fecha señalada.

A partir de los documentos que obran en el plenario, es posible evidenciar que, en efecto, la duración del negocio fiduciario se prorrogó hasta la fecha solicitada por los fideicomitentes. Sobre el particular, en el expediente reposan varios informes mensuales de gestión y varios informes semestrales de rendición de cuentas del fideicomiso *«Gestión Hospitalaria – Hospital Tomás Uribe Uribe»*, emitidos por Fiduprevisora S.A., donde la entidad expresamente señaló que el contrato de encargo fiduciario **terminó el 31 de julio de 2007**. Así, por ejemplo, en el informe semestral de rendición de cuentas del 31 de diciembre de 2006⁹², concretamente en el acápite de *«Antecedentes»*, Fiduprevisora S.A. expuso lo siguiente:

*«Perfeccionamiento y Vigencia del Contrato:
Contrato de Encargo Fiduciario número 310020 suscrito el 10 de septiembre de 2004 entre Hospital Departamental Tomás Uribe Uribe de Tuluá Valle, la Sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y Fiduciaria La Previsora S.A., **vigente hasta el 31 de Julio de 2007**»* (se destaca).

El aparte transcrito se repite, idéntico, en el informe mensual de gestión del 28 de febrero de 2007⁹³ y en el informe semestral de rendición de cuentas del 30 de junio de 2007⁹⁴, emitidos por Fiduprevisora S.A. Del mismo modo, el informe mensual de gestión del 31 de enero de 2007⁹⁵, en el acápite *«Datos generales»*, contiene la

⁸⁹ En similares términos, en reciente pronunciamiento de esta Subsección se sostuvo: *«En este punto la Sala precisa que, si bien en la demanda se alega que el contrato de aseguramiento tuvo vigencia entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, en el expediente no obra la prueba del contrato o del otrosí que dé cuenta de que esa relación sí se extendió hasta el 31 de marzo de 2011; no obstante, aunque con lo hasta aquí visto la relación negocial inició el 1° de junio de 2010 y luego el 1° de agosto se continuó con el aseguramiento hasta el 31 de diciembre de 2010, con los medios probatorios que se relacionan a continuación se desprende que, en efecto, el negocio de aseguramiento sí tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 2011»* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 11 de diciembre de 2024, exp. 62319).

⁹⁰ Folio 216 del cuaderno 2.

⁹¹ Folio 335 del cuaderno 1A.

⁹² Folio 341 del cuaderno 1A.

⁹³ Folio 406 del cuaderno 1A.

⁹⁴ Folio 136 del cuaderno 2.

⁹⁵ Folio 375 del cuaderno 1A.



siguiente información:

«1.1. TIPO DE FIDUCIA: Encargo Fiduciario

1.2. CONSTITUCIÓN: 10 de Septiembre de 2004

1.3. TÉRMINO: **31 de Julio de 2007**» (se destaca).

Lo anterior permite inferir que, con posterioridad a la suscripción del otrosí No. 1 al contrato de encargo fiduciario, que extendió su duración hasta el 10 de septiembre de 2006, las partes —Fiduprevisora S.A., Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe— efectuaron nuevas prórrogas al negocio fiduciario, acordando que este terminaría el 31 de julio de 2007. Esto también se corrobora con el informe de gestión del mes de febrero de 2014⁹⁶, en el cual se adujo:

«1. OBJETO

[...] Durante la vigencia del Fideicomiso se han elaborado los siguientes otrosíes:

- *Otrosí No. 1: PRIMERA. Las partes solicitan incluir a la cláusula primera (objeto): PARÁGRAFO. “El encargo fiduciario podrá ser fuente de pago de créditos otorgados por las entidades financieras a favor de los Fideicomitentes. La obtención y pago de dichos créditos será de entera responsabilidad de los Fideicomitentes y la Fiduciaria pagará según sus instrucciones y hasta concurrencia de los recursos incorporados al Fideicomiso”. SEGUNDA. Las partes incorporan el siguiente parágrafo segundo al numeral 4) de la cláusula tercera del contrato principal (obligaciones de los Fideicomitentes): PARÁGRAFO SEGUNDO. “En caso de utilizar el encargo fiduciario como fuente de pago, los Fideicomitentes relevan a la Fiduciaria de toda responsabilidad frente a los créditos objeto de dicha fuente de pago e instruirán a la Fiduciaria sobre la prelación en que debe pagarse hasta la concurrencia de los recursos existentes en el fideicomiso, liberando en consecuencia a la Fiduciaria de cualquier responsabilidad frente al Fideicomitente y a los terceros acreedores”.*
- *Otrosí No. 2: Se modifica la cláusula octava del contrato, prorrogando el término de duración por un año más, hasta el 10 de septiembre de 2006.*
- *Otrosí No. 3: Se prorroga el término de duración del contrato de encargo fiduciario 310020 hasta el 13 de diciembre de 2006.*
- *Otrosí No. 4: Se prorroga el término de duración del contrato de encargo fiduciario 310020 **hasta el 31 de julio de 2007**» (se destaca).*

A partir de lo anterior, la Sala no pasa por alto que la información consignada en el informe de gestión de febrero de 2014 permite evidenciar una inconsistencia en cuanto a la numeración de los otrosíes del encargo fiduciario, pues se refiere al «*otrosí No. 2*» como aquel mediante el cual se efectuó la primera prórroga del plazo «*por un año más, hasta el 10 de septiembre de 2006*». No obstante, esta descripción coincide con el modificadorio cuya copia reposa en el expediente, a folios 301-302

⁹⁶ Folio 236 del cuaderno 2.



del cuaderno No. 1, con el nombre «*otrosí No. 1*». Así pues, surge la duda de si este fue el primer o el segundo otrosí que se celebró en relación con el negocio fiduciario.

Pues bien, una revisión detallada del expediente permite advertir que existe copia de dos documentos diferentes, ambos modificatorios del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020 y denominados textualmente «*otrosí No. 1*», situación que explica la inconsistencia. A través del primero de ellos, que contiene fecha de envío de fax del 18 de enero de 2005, las partes agregaron nuevos párrafos a la cláusula primera y al numeral 4 de la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario⁹⁷. Por medio del segundo, de fecha 9 de septiembre de 2005, tal como se indicó más atrás, se modificó la cláusula octava del contrato, efectuando la primera prórroga del plazo «*por un año más, hasta el 10 de septiembre de 2006*»⁹⁸. En cualquier caso, a partir de los datos expuestos en el precitado informe de gestión de febrero de 2014, esta Sala encuentra acreditado que el negocio fiduciario fue modificado en al menos 4 ocasiones, de las cuales 3 implicaron prórrogas, extendiendo el plazo del negocio jurídico hasta el 31 de julio de 2007.

Además, ha de señalarse que este hecho coincide con lo descrito por la apoderada de Fiduprevisora S.A. durante el trámite de conciliación extrajudicial. En efecto, el 17 de octubre de 2008, la parte demandante presentó solicitud para comenzar dicho procedimiento ante la Procuraduría General de la Nación⁹⁹. Según el acta de la audiencia de conciliación, llevada a cabo el 15 de diciembre de 2008¹⁰⁰, la apoderada de la entidad fiduciaria expresó lo siguiente: «*[...] hemos considerado que hemos actuado con diligencia en el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de encargo fiduciario. [...] El contrato a la fecha se encuentra vencido desde julio del año 2007 [...]*» (se destaca). Este mismo aparte fue transcrito en la constancia de no conciliación de fecha 15 de enero de 2009¹⁰¹.

Por todo lo anterior, la Sala encuentra evidencia suficiente que acredita que la terminación del encargo fiduciario No. 3-1-0020 acaeció el **31 de julio de 2007**, plazo acordado por las partes en el otrosí No. 4 del referido contrato. Bajo este entendido, esta Subsección advierte que el Tribunal *a quo* incurrió en error al considerar que el negocio fiduciario terminó el 10 de septiembre de 2006, ya que no tuvo en cuenta las pruebas documentales que señalan, con claridad, que su duración fue extendida hasta el 31 de julio de 2007. Al mismo tiempo, valga precisar que no le asiste razón al recurrente al argumentar que la terminación del negocio jurídico dependía del cumplimiento de alguna condición, como sería la restitución al beneficiario de los remanentes del encargo fiduciario, ya que la voluntad de las partes fue someter la duración del contrato a un plazo determinado.

En tal sentido, de conformidad con el literal b del numeral 10 del artículo 136 del

⁹⁷ Folios 266 a 267 del cuaderno 1.

⁹⁸ Folios 301 a 302 del cuaderno 1.

⁹⁹ Folios 560 a 585 del cuaderno 1A.

¹⁰⁰ Folios 586 a 590 del cuaderno 1A.

¹⁰¹ Folios 591 a 592 del cuaderno 1A.



CCA, el término de dos (2) años para interponer la acción de controversias contractuales finalizó el 1 de agosto de 2009. Como la demanda se presentó el 14 de julio de 2009¹⁰², antes de que hubiera finalizado dicho lapso, la Sala concluye que la acción fue ejercida en tiempo, incluso sin considerar la suspensión del término de caducidad producida por el trámite de conciliación extrajudicial, que inició con la presentación de la solicitud de conciliación el día 17 de octubre de 2008¹⁰³.

2.3.6. Superado el análisis de la oportunidad de la acción en relación con las pretensiones principales, que giraron en torno a la declaratoria de incumplimiento del contrato de encargo fiduciario, la Sala pasa a estudiar el presupuesto procesal de la caducidad frente a la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*» de la demanda, que analizadas en su conjunto se encuentran dirigidas a la consecución de un mismo objetivo, a saber, que se declare la responsabilidad solidaria de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y del Hospital Tomás Uribe Uribe, para efectos de que ambos respondan por el incumplimiento de los contratos de mutuo mercantil y por los perjuicios causados a los particulares que otorgaron créditos, tal como se expuso en el apartado 2.1.4 de las consideraciones de esta sentencia.

Como se relatará en el punto 3.3.3.3. de esta providencia, de las pruebas que obran en el expediente se advierte la existencia de unos contratos de mutuo celebrados entre 23 particulares —personas naturales y jurídicas—, que son los aquí demandantes, y la sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.

Al tenor del numeral 10 del artículo 136 del CCA, primer inciso, el término de caducidad de dos (2) años, en lo que concierne a las controversias relativas a contratos, empieza a correr a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o derecho que sirvan de fundamento. No obstante, como al proceso no se aportaron tales contratos por escrito, difícilmente puede tenerse certeza sobre las condiciones acordadas en esos negocios jurídicos y, por tal razón, naturalmente surgen inquietudes para establecer el referente inicial para el conteo de la caducidad, en la medida en que no resulta posible determinar desde cuándo se concretó el supuesto incumplimiento alegado frente a los contratos de mutuo, que sería el motivo de hecho y de derecho que sirvió de fundamento para demandar.

En consideración a las particularidades del caso en cuanto a este punto y en aras de garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, la Sala dará aplicación a los principios *pro actione* y *pro damnato*¹⁰⁴, para estudiar el fondo del asunto frente a la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*», solamente en el evento en que sean desestimadas las pretensiones principales.

3. Caso concreto

¹⁰² Según da cuenta el sello de radicación (Folio 668 del cuaderno 1A).

¹⁰³ Folio 560 del cuaderno 1A.

¹⁰⁴ Ver, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado en las cuales se han aplicados los mencionados principios: (i) fallo del 24 de abril de 2024, exp. 68949; y (ii) fallo del 23 de septiembre de 2024, exp. 56541.



Verificado el cumplimiento de los presupuestos procesales —salvo el de la legitimación en la causa por activa de Financiamos S.A.—, a la Sala le corresponde estudiar el fondo del asunto, así:

(i) si Fiduprevisora S.A., en calidad de sociedad fiduciaria, por una parte, y el Hospital Tomás Uribe Uribe y/o Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., en calidad de fideicomitentes, por otra parte, incumplieron el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020. Lo anterior, para efectos de determinar la prosperidad de las pretensiones principales y la primera serie de pretensiones subsidiarias de la demanda;

(ii) en caso de que se concluya que no hubo incumplimiento respecto del contrato de encargo de fiduciario, corresponde examinar si Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. incumplió los contratos de mutuo celebrados con los prestamistas demandantes y, en ese evento, si es posible predicar la responsabilidad solidaria del Hospital Tomás Uribe Uribe, en calidad de partícipe inactivo, con fundamento en el artículo 511 del Código de Comercio. Lo anterior permitirá a la Sala resolver la segunda serie de pretensiones subsidiarias.

La Sala anticipa que negará las súplicas encaminadas a la declaratoria de incumplimiento frente al contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020 —pretensiones principales—, así como los pedimentos en ese sentido frente a los contratos de mutuo —pretensiones subsidiarias—, porque, en términos generales, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria en ese sentido.

Para estos efectos, el análisis de esta Subsección se desarrollará abordando los siguientes aspectos: (i) generalidades sobre la institución del incumplimiento del contrato estatal; (ii) estudio sobre el supuesto incumplimiento del contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020; (ii.a) el alcance de los certificados de fuente de pago emitidos por Fiduprevisora S.A. y la prelación de pagos en la ejecución del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020; (ii.b) la refacturación a nombre del Hospital Tomás Uribe Uribe y sus implicaciones frente a la ejecución del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020; y (iii) el examen sobre el incumplimiento alegado en relación con los contratos de mutuo celebrados por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y la responsabilidad solidaria del Hospital Tomás Uribe Uribe.

Lo anterior, no sin antes hacer referencia a los hechos probados relevantes para decidir el asunto.

3.1. Hechos probados

Para tal efecto, la Sala analizará los documentos aportados en copia simple, siempre que no hayan sido tachados de falsedad por alguna de las partes o exista alguna disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una



determinada copia, de conformidad con lo dispuesto por esta Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013¹⁰⁵.

Sobre los contratos de asociación y cuentas en participación

3.1.1. El Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. suscribieron, de forma sucesiva, una serie de tres contratos de asociación y cuentas en participación¹⁰⁶, todos ellos encaminados a la realización de una misma actividad, donde el primero tenía la calidad de «*asociado inactivo*», mientras que la segunda fungía como «*asociado gestor*». El primero de ellos fue el contrato No. 030 del 6 de agosto de 2004¹⁰⁷, seguido del contrato No. 015 del 3 de enero de 2005¹⁰⁸ y, finalmente, del contrato No. 027 del 2 de enero de 2006¹⁰⁹.

3.1.1.1. En lo que respecta al objeto de estos negocios jurídicos, este fue descrito en la cláusula primera del contrato No. 030 de 2004, de la siguiente manera: «*La presente asociación tiene por objeto desarrollar y explotar las operaciones mercantiles relacionadas con las víctimas de accidentes de tránsito y eventos catastróficos [...]*». De forma similar, en el segundo y el tercer contrato de asociación y cuentas en participación, las partes definieron el objeto en la cláusula primera, como se transcribe a continuación: «*La presente asociación tiene por objeto desarrollar y explotar las operaciones mercantiles relacionadas con la atención médica y administrativa de los pacientes víctimas de accidentes de tránsito y eventos catastróficos que ingresan al Hospital Tomás Uribe Uribe*».

3.1.1.2. En el marco de estos acuerdos de voluntades, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., en calidad de asociado gestor, se comprometió a: **(i)** verificar, desde el ingreso del paciente a las instalaciones del Hospital, que se tratara de una víctima de un accidente de tránsito o evento catastrófico; **(ii)** tramitar la legalización de documentos del paciente; **(iii)** suministrar los insumos, medicamentos, materiales de osteosíntesis y reemplazos articulares para este tipo de pacientes; **(iv)** encargarse del proceso administrativo, incluyendo la facturación, cobro, recaudo y manejo de cartera ante las aseguradoras del seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT) y las administradoras de los recursos del FOSYGA, entre otras; **(v)**

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013. Rad.: 25022. «[...] Debe precisarse que la copia simple de las pruebas que componen el acervo del proceso penal, en especial las diligencias adelantadas por las demandadas, pueden ser valoradas toda vez que los medios probatorios obrantes fueron practicados con audiencia de la demandada, y solicitados como prueba traslada por la parte demandante, petición que fue coadyuvada por las demandadas, surtiéndose así el principio de contradicción [...] En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda».

¹⁰⁶ Folios 1 a 35 del cuaderno 2.

¹⁰⁷ Folios 3 a 8 del cuaderno 2.

¹⁰⁸ Folios 11 a 19 del cuaderno 2.

¹⁰⁹ Folios 26 a 34 del cuaderno 2.



velar por la oportuna atención del usuario, haciéndole el seguimiento durante su estancia en el Hospital, con la finalidad de optimizar los recursos (tiempo de estancia, insumos, ayudas diagnósticas); y **(vi)** tramitar los asuntos administrativos relativos a la salida del paciente.

Por su parte, el Hospital Tomás Uribe Uribe, como asociado inactivo, debía **(i)** seguir prestando los servicios de salud a la comunidad usuaria, específicamente a las víctimas de accidentes de tránsito o de eventos catastróficos, en los servicios de urgencias, hospitalización, cirugía, consulta externa y demás servicios de apoyo; y **(ii)** facilitarle al asociado gestor un espacio en las instalaciones del Hospital, para que este pueda desarrollar su objeto contractual.

3.1.1.3. En cuanto a la duración de estos acuerdos de voluntades, la cláusula quinta del primer contrato señaló que este tendría una duración de 4 meses y medio, *«a partir del día 17 de agosto de 2004, es decir, hasta el 31 de diciembre del año 2004»*, sin perjuicio de que las partes pudieran dar por terminado el contrato anticipadamente o prorrogarlo, de mutuo acuerdo, por períodos iguales o superiores. Mediante otrosí de fecha 24 de agosto de 2004¹¹⁰, las partes modificaron esta cláusula en lo relativo a la posibilidad de extender la vigencia del contrato, reemplazando la expresión *«[...] prorrogar por periodos iguales o superiores, por mutuo acuerdo de las partes [...]»*, por la frase *«[...] prorrogar por periodos o vigencias fiscales, por mutuo acuerdo de las partes [...]»*.

En el segundo contrato, identificado con el No. 015 de 2005, se estableció, por medio de la cláusula quinta, que este tendría *«como término de ejecución el período fiscal del 2005, es decir, a partir del día 1 de enero de 2005 hasta el 31 de diciembre del año 2005»*, pudiendo ser terminado anticipadamente o prorrogado *«por periodos o vigencias fiscales, por mutuo acuerdo de las partes [...]»*. Por su parte, en el contrato No. 027 de 2006, también en la cláusula quinta, se pactó que la vigencia del negocio jurídico sería de *«un periodo fiscal, a partir del día 1 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre del año 2006»*, pudiendo igualmente ser terminado anticipadamente o prorrogado *«por periodos o vigencias fiscales, por mutuo acuerdo de las partes [...]»*. No obstante, a través de otrosí a este contrato, de fecha 28 de noviembre de 2006¹¹¹, las partes extendieron la vigencia del contrato de 12 a 14 meses, es decir, *«a partir del día 1 de enero de 2006 hasta el 28 de febrero del año 2007»*, aclarando que dicho término no admitía prórroga, aun cuando podía ser terminado anticipadamente.

3.1.1.4. Adicionalmente, el contrato No. 030 de 2004, en el numeral 3 de la cláusula sexta, establece la obligación conjunta —para Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe— de celebrar un negocio fiduciario con Fiduprevisora S.A., a través del cual se administrarían los recursos derivados de la ejecución contractual. La obligación se pactó de la siguiente manera: *«suscribir el*

¹¹⁰ Folios 9 a 10 del cuaderno 2.

¹¹¹ Folios 35 del cuaderno 2.



contrato de Fiducia de Tesorería con FIDUPREVISORA S.A. para el manejo de los ingresos y pagos producto de la ejecución de este contrato». Como consecuencia de lo anterior, también se pactó la obligación de realizar el trámite correspondiente ante las compañías aseguradoras, así como las demás entidades que cubrieran o protegieran contra las contingencias derivadas de accidentes de tránsito y eventos catastróficos, para establecer que los pagos por las cuentas de cobro relativas a los servicios prestados se remitieran a Fiduprevisora S.A.

Además, en la cláusula octava, relativa a los procedimientos para el manejo de los recursos provenientes de la ejecución del contrato, se señaló que la entidad fiduciaria sería la encargada de recibir y distribuir esos recursos, así como de realizar los pagos correspondientes, de conformidad con las instrucciones impartidas por los fideicomitentes, es decir, por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe. En esa medida, las partes acordaron celebrar un *«contrato de fiducia mercantil irrevocable de recepción y distribución de pago»*, donde ingresarían *«los dineros provenientes del pago de las facturas emitidas a las empresas aseguradoras y el FOSYGA»*.

Posteriormente, en el contrato No. 015 de 2005, se reiteraron las mismas estipulaciones relativas a la obligación conjunta de suscribir el negocio fiduciario con Fiduprevisora S.A., así como los demás efectos antes señalados, lo cual se materializó en el numeral 3 de la cláusula séptima y en la cláusula novena de este contrato. Al respecto, cabe mencionar que, en lo atinente a las instrucciones de los fideicomitentes a Fiduprevisora S.A. para efectos de realizar los pagos, este contrato agregó que dichas instrucciones debían impartirse en *«documento firmado por los ASOCIADOS»*.

El segundo contrato también señaló, en su cláusula sexta, que los pagos por los servicios médicos hospitalarios se realizarían mensualmente, *«a través de un Contrato de Fiducia de Tesorería»* que suscribirían *«los contratantes con Fiduprevisora S.A.»*, y que se entendería parte integral del contrato de asociación y cuentas en participación. Para estos efectos, se pactó que las provisiones y servicios prestados por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe serían facturados directamente por la primera, en su calidad de asociado gestor, a las aseguradoras y demás entidades que protegieran contra las contingencias derivadas de accidentes de tránsito y eventos catastróficos, y se cobrarían a través de la entidad fiduciaria contratada.

En este punto, cabe mencionar que el 31 de enero de 2005 las partes suscribieron un otrosí¹¹² al contrato No. 015 de 2005, a través del cual adicionaron el numeral 3 de la cláusula séptima y la cláusula novena del negocio jurídico, manteniendo su intención de efectuar el manejo de los ingresos y pagos a través de un contrato de naturaleza fiduciaria. Finalmente, el contrato No. 027 de 2006 replicó las estipulaciones del contrato No. 015 de 2005 sobre este particular.

¹¹² Folios 20 a 22 del cuaderno 2.



En relación con el contrato de encargo fiduciario

3.1.2. El 10 de septiembre de 2004, el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. —fideicomitentes— suscribieron con Fiduprevisora S.A. —fiduciaria— el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020¹¹³.

3.1.2.1. El objeto del contrato fue descrito en la cláusula primera, así: *«constituir un ENCARGO FIDUCIARIO sobre los recursos que EL FIDEICOMIENTE entrega y que provienen de la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato de Asociación y Cuentas en Participación suscrito entre los FIDEICOMIENTES, para que la FIDUCIARIA, una vez recibidos, proceda a su recepción, administración e inversión y realice los pagos ordenados por LOS FIDEICOMITENTES»*. En el párrafo de dicha cláusula se agregó: *«El Contrato de Asociación y Cuentas en Participación suscrito el 5 de agosto de 2004, así como el otrosí suscrito el día 24 de agosto de 2004 y el Acta de Aclaración suscrita el 8 de septiembre de 2004, hacen parte integral del presente contrato de encargo fiduciario»*.

3.1.2.2. En la cláusula segunda del contrato, se indicó que los recursos que hacían parte del encargo fiduciario eran aquellos *«correspondientes a los dineros provenientes del pago de las facturas emitidas por LOS FIDEICOMITENTES a las empresas aseguradoras y el FOSYGA»*.

3.1.2.3. Entre las obligaciones de los fideicomitentes, la cláusula tercera incluyó la de entregar y/u ordenar la entrega a Fiduprevisora S.A. de los recursos del encargo fiduciario, es decir, aquellos provenientes del pago de las facturas por parte de las empresas aseguradoras y el FOSYGA. Para estos efectos, los fideicomitentes se obligaron a impartir una *«instrucción irrevocable»* a las compañías de seguros, para que consignaran el pago de las facturas directamente a la cuenta del fideicomiso, en cumplimiento de las respectivas pólizas de accidentes de tránsito y eventos catastróficos.

Así mismo, las obligaciones de los fideicomitentes comprendían la de *«señalar la persona encargada de ordenar los pagos»*, así como indicar a la entidad fiduciaria, con la debida antelación, aquellos que se debían efectuar en desarrollo del objeto del contrato, para lo cual debían *«impartir las instrucciones suficientes para la realización de los pagos a proveedores y lo correspondiente a cada uno de los fideicomitentes»*. El párrafo primero del numeral 3 de esta cláusula agregó que los ordenadores del gasto de los fideicomitentes debían registrar su firma en la fiduciaria.

3.1.2.4. Por su parte, las obligaciones de Fiduprevisora S.A., según la cláusula cuarta del contrato, comprendieron, entre otras, la de recibir los recursos objeto del encargo fiduciario, para lo cual debía abrir las cuentas requeridas, donde se

¹¹³ Folios 257 a 266 del cuaderno 1.



consignarían dichos recursos. Adicionalmente, debía invertir los recursos transitoriamente, así como sus rendimientos, *«de manera expresa y con destinación específica en los Fondos Comunes administrados por LA FIDUCIARIA»*.

Por otro lado, la entidad fiduciaria se obligó a efectuar, con las sumas que se recibieran en virtud del encargo fiduciario, *«los pagos a terceros por los servicios prestados, así como el pago de las utilidades generadas por cada una de las partes, de acuerdo con las instrucciones emitidas por LOS FIDEICOMITENTES»*. Además, Fiduprevisora S.A. debía presentar a los fideicomitentes una rendición de cuentas semestral, así como un informe mensual del desarrollo del encargo fiduciario, incluyendo la información financiera y contable del mismo. Lo anterior, además del informe final de rendición de cuentas, de conformidad con las normas aplicables.

Finalmente, la fiduciaria se obligó a entregar a los fideicomitentes, a la finalización del contrato, toda suma de dinero por concepto de capital, intereses y rendimientos correspondientes a los recursos que quedaran al momento de su terminación, luego de que hubieran sido *«canceladas todas las obligaciones con cargo a los recursos del fideicomiso»*.

3.1.2.5. De conformidad con los párrafos segundo y tercero de la cláusula sexta, relativa a la gestión fiduciaria, Fiduprevisora S.A. no estaba obligada a asumir con recursos propios financiación alguna derivada del contrato de encargo fiduciario. Adicionalmente, se pactó que no existía solidaridad de las obligaciones a cargo de los fideicomitentes y a favor de las aseguradoras o clientes de los fideicomitentes.

3.1.2.6. En la cláusula octava del contrato, se pactó que su vigencia sería de un año contado a partir de su suscripción, la cual tuvo lugar el 10 de septiembre de 2004. En esa medida, debe entenderse que la duración del negocio jurídico se acordó inicialmente hasta el 10 de septiembre de 2005. En la cláusula también se estableció que las partes podían prorrogar el contrato de mutuo acuerdo.

3.1.2.7. En la cláusula decimoprimera se reguló lo atinente a la limitación de responsabilidad de la fiduciaria. Al respecto, se reiteró que Fiduprevisora S.A. no estaba obligada a asumir con recursos propios financiación alguna derivada del negocio fiduciario, agregando que tampoco respondería por el retardo que se pudiera generar en los pagos debido al no giro de los recursos por parte de los fideicomitentes, el insuficiente giro de los mismos, o el no envío oportuno de la información por parte de los fideicomitentes.

3.1.2.8. En lo que respecta a los otrosíes del encargo fiduciario, cabe señalar que en el expediente reposan las copias de dos documentos modificatorios. En el primero de ellos, se observa fecha de envío de fax del 18 de enero de 2005, y su denominación es *«otrosí No. 1»*¹¹⁴. En este otrosí, las partes agregaron nuevos párrafos a la cláusula primera y al numeral 4 de la cláusula tercera del contrato

¹¹⁴ Folios 266 a 267 del cuaderno 1.



de encargo fiduciario. El párrafo que se agregó a la cláusula primera, relativa al objeto del contrato, tiene el siguiente tenor:

«PARÁGRAFO: El encargo fiduciario podrá ser fuente de pago de créditos otorgados por las entidades financieras a favor de los FIDEICOMITENTES. La obtención y pago de dichos créditos será de entera responsabilidad de LOS FIDEICOMITENTES y LA FIDUCIARIA pagará según sus instrucciones y hasta concurrencia de los recursos incorporados al Fideicomiso».

En cuanto al párrafo segundo que se agregó al numeral 4 de la cláusula tercera del contrato, relativa a las obligaciones de los fideicomitentes, este quedó de la siguiente manera:

«PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de utilizar el encargo fiduciario como fuente de pago, LOS FIDEICOMITENTES relevan a LA FIDUCIARIA de toda responsabilidad frente a los créditos objeto de dicha fuente de pago e instruirán a LA FIDUCIARIA sobre la prelación en que debe pagarse hasta concurrencia de los recursos existentes en el fideicomiso, liberando en consecuencia a LA FIDUCIARIA de toda responsabilidad frente al FIDEICOMITENTE y a los terceros acreedores».

El segundo modificatorio fue suscrito el 9 de septiembre de 2005 y también se denominó «*otrosí No. 1*»¹¹⁵. Como se explicó en el acápite **2.3.5** de las consideraciones este proveído, ambas modificaciones al encargo fiduciario se denominaron textualmente «*otrosí No. 1*», pero se trata de dos documentos diferentes, cada uno de ellos con un propósito singular. En el caso del segundo otrosí, de fecha 9 de septiembre de 2005, su objeto fue reformar la cláusula octava del negocio jurídico, prorrogando «*el término de duración del contrato de encargo fiduciario 3-1-0020 por un año más, hasta el 10 de septiembre de 2006*».

En cualquier caso, retomando las consideraciones expuestas en el acápite **2.3.5**. de las consideraciones de esta providencia, si bien únicamente obran en el proceso las copias de estos dos otrosíes, lo cierto es que, a partir de otros documentos que reposan en el expediente, especialmente el informe de gestión del mes de febrero de 2014 presentado por Fiduprevisora S.A.¹¹⁶, la Sala encontró acreditado que el negocio fiduciario fue modificado en dos ocasiones más, extendiendo el plazo del contrato hasta el 31 de julio de 2007.

En lo que respecta a los créditos otorgados por 23 particulares en favor de Gestión Hospitalaria S.A.

3.1.3. Un total de 23 particulares —personas naturales y jurídicas—¹¹⁷ otorgaron créditos a corto plazo a favor de la sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y de su representante legal, la señora Claudia Jimena Cárdenas Soto, actuando a nombre propio.

¹¹⁵ Folios 301 a 302 del cuaderno 1.

¹¹⁶ Folio 236 del cuaderno 2.

¹¹⁷ Se trata de los particulares que, en conjunto con Financiamos S.A., componen la parte demandante en el presente proceso.



3.1.3.1. Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y la señora Cárdenas Soto presentaron solicitudes de crédito frente a diferentes particulares prestamistas, así como peticiones que aquellas presentaron para prorrogarlos¹¹⁸.

3.1.3.2. Igualmente, en el cuaderno N. 1 obran sendos títulos valores —cheques y pagarés— emitidos por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y su representante legal, a nombre de los particulares prestamistas, con valores que se asemejan a aquellos indicados en las solicitudes de los créditos a corto plazo.

3.1.3.3. Se encuentra probado que los créditos efectivamente se efectuaron. Así, por ejemplo, en las instrucciones del pagaré a la orden No. 3475-06¹¹⁹, emitido a nombre de la señora Alba Esperanza Perdomo Toro, se lee lo siguiente:

*«Causa ALBA ESPERANZA PERDOMO TORO podrá llenar y utilizar dicho Pagaré cuando a su juicio fuere necesario efectuar el cobro de las obligaciones derivadas de la utilización de **el(los) crédito(s) de corto plazo que me ha otorgado ALBA ESPERANZA PERDOMO TORO** [...]»* (se resalta).

El mismo texto se repite en las instrucciones de los pagarés emitidos a nombre de otros prestamistas, tales como el señor Edgar Zapata León¹²⁰.

En cuanto a los certificados fiduciarios expedidos en favor de Financiamos S.A.

3.1.4. Por medio de dos oficios diferentes, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe —fideicomitentes— solicitaron expresamente a Fiduprevisora S.A. —fiduciaria— emitir certificados de fuente de pago, en el marco del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020, a nombre de Financiamos Ltda. —posteriormente Financiamos S.A.—.

En el primero de ellos¹²¹, de fecha 13 de diciembre de 2005, la instrucción de los fideicomitentes fue emitir un certificado por valor de \$416'000.000. En el segundo oficio¹²², de fecha 23 de febrero de 2006, se solicitó que el certificado fuera por un valor de \$260'000.000. En ambas comunicaciones se precisó que los recursos que se transferirían a Financiamos S.A. correspondían a aquellos recaudados por el fideicomiso. Adicionalmente, especificaron: *«luego de realizadas las reservas de recursos correspondientes al servicio de la deuda de Financiamos Ltda. [...] y los gastos del fideicomiso, los recursos remanentes quedarán a disposición del fideicomitente»*.

¹¹⁸ Folios 60 a 242 del cuaderno 1.

¹¹⁹ Folios 60 a 61 del cuaderno 1.

¹²⁰ Folios 151 a 152 del cuaderno 1.

¹²¹ Folio 59 del cuaderno 2.

¹²² Folio 60 del cuaderno 2.



3.1.5. Con base en las instrucciones de los fideicomitentes, Fiduprevisora S.A. emitió dos certificados de fuente de pago a nombre de Financiamos Ltda.: **(i)** certificado del 15 de diciembre de 2005¹²³, el cual se emitió a partir de la solicitud de los fideicomitentes de fecha 13 de diciembre del mismo año, por valor de \$416'000.000, y **(ii)** certificado del 14 de marzo de 2006, en cumplimiento de la instrucción otorgada mediante comunicación del 23 de febrero de 2006, por valor de \$260'000.000.

En los dos certificados, luego de describir el objeto del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020, Fiduprevisora S.A. señaló que este podía ser *«fuente de pago de créditos otorgados por las entidades financieras a favor del fideicomitente, [...] sin que ello sea entendido como un fideicomiso de garantía»*. En este sentido, aclaró que la fiduciaria se abstendría de suscribir cualquier documento de crédito como vocera del encargo fiduciario, que la obtención y pago de los créditos sería de entera responsabilidad de los fideicomitentes, como únicos deudores, y que la fiduciaria pagaría *«según sus instrucciones y hasta concurrencia de los recursos [...]»*.

Indicó, igualmente, que los recursos que hacían parte del encargo fiduciario eran aquellos provenientes del pago de las facturas emitidas por el fideicomitente a las empresas aseguradoras y el FOSYGA. Por otra parte, ambos certificados incluyeron una transcripción de las instrucciones de los fideicomitentes, en el sentido de que los recursos para pagar a Financiamos S.A. correspondían a aquellos recaudados por el fideicomiso, y que *«luego de realizadas las reservas de recursos correspondientes al servicio de la deuda de Financiamos Ltda. [...] y los gastos del fideicomiso»*, los recursos remanentes quedarían a disposición de los fideicomitentes. Al final de cada certificado, Fiduprevisora S.A. reiteró: *«no se trata de un certificado de garantía en desarrollo del citado fideicomiso»*. Adicionalmente, en el segundo certificado, emitido el 14 de marzo de 2006, se precisó que su vigencia era *«hasta el vencimiento del respectivo contrato»*.

En cuanto a la correspondencia cruzada entre Financiamos y la fiduciaria

3.1.6. Financiamos S.A. realizó varios requerimientos de pago a Fiduprevisora S.A. e, incluso, presentó una queja en su contra ante la Superintendencia Financiera de Colombia, alegando la falta de pago por parte de la sociedad fiduciaria. Por su parte, Fiduprevisora S.A. indicó haber realizado un total de seis pagos a favor de Financiamos S.A., por un valor total de \$322'705.171.

3.1.6.1. Por medio de comunicación de Fiduprevisora S.A. a Financiamos S.A. de fecha 23 de noviembre de 2006¹²⁴, la fiduciaria dio respuesta a una serie de derechos de petición, identificados con el número radicado 2006ER109576, por medio de los cuales se requirieron pagos de varios fideicomisos, entre ellos el

¹²³ Folio 217 del cuaderno 2.

¹²⁴ Folios 330 a 331 del cuaderno 1A.



encargo fiduciario No. 3-1-0020, suscrito con Gestión Hospitalaria y el Hospital Tomás Uribe Uribe.

En su respuesta, la entidad aclaró que, en desarrollo de los contratos, se expidieron «*certificaciones de fuente de pago*», ya que cada uno de los fideicomisos podía ser fuente de pago de créditos otorgados a favor del fideicomitente, sin que ello fuera entendido como un fideicomiso de garantía, razón por la cual la fiduciaria se abstenía de suscribir cualquier documento de crédito. Adicionalmente, aclaró que, para poder generar los pagos requeridos, era necesario que Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., como «*ordenador del gasto*», solicitara su realización. Bajo ese entendido, Fiduprevisora S.A. anunció que daría traslado de los derechos de petición a Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., para que esta la instruyera sobre el procedimiento a seguir.

3.1.6.2. Mediante escrito del 6 de diciembre de 2006,¹²⁵ suscrito por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe, se dio autorización expresa a Fiduprevisora S.A. para realizar el traslado de fondos desde la cuenta del encargo fiduciario a una cuenta que se encontraba a nombre de Financiamos S.A., por un valor de \$170'000.000.

3.1.6.3. Por medio de comunicación de fecha 31 de enero de 2007¹²⁶, Claudia Rosa Forero Ramírez, gerente de Financiamos S.A., señaló a Fiduprevisora S.A. su obligación de «*cumplir cabalmente con las instrucciones impartidas en el acto constitutivo*», lo cual adujo que se concretaba transfiriendo los recursos recaudados a favor de Financiamos S.A., citando el artículo 1234 del Código de Comercio como sustento de su obligación. En este sentido, le solicitó a la entidad que, de conformidad con las instrucciones reflejadas en el certificado fiduciario, le transfiriera a Financiamos S.A. los recursos existentes en el fideicomiso. Esta comunicación fue trasladada por Fiduprevisora S.A. a Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. mediante misiva del 5 de febrero de 2007¹²⁷, poniéndole de presente que, para poder realizar los pagos, era necesario que la instrucción la impartiera Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., en su calidad de ordenador del gasto.

3.1.6.4. El 21 de junio de 2007, Fiduprevisora S.A. envió una nueva comunicación¹²⁸ a Financiamos S.A., solicitándole información sobre «*el estado actual de las deudas por parte de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.*» en relación con las certificaciones de fuente de pago expedidas por la fiduciaria el 15 de diciembre de 2005 y el 28 de febrero de 2006, en desarrollo del contrato de encargo fiduciario.

¹²⁵ Folio 334 del cuaderno 1A.

¹²⁶ Folios 371 a 372 del cuaderno 1A.

¹²⁷ Folios 396 a 397 del cuaderno 1A.

¹²⁸ Folio 528 del cuaderno 1A.



3.1.6.5. Claudia Rosa Forero Ramírez, gerente de Financiamos S.A., presentó reclamación ante la Superintendencia Financiera de Colombia a través de escrito de fecha 10 de mayo de 2007, con sello de la entidad de fecha 6 de junio de 2007¹²⁹.

En su comunicación, la señora Forero Ramírez denunció el incumplimiento por parte de Fiduprevisora S.A. de las obligaciones a su cargo en el marco del contrato de encargo fiduciario, bajo el entendido de que, ante el requerimiento de pago por parte de Financiamos S.A., y a pesar de los certificados fiduciarios a su favor, la entidad fiduciaria respondió que, para poder efectuar pagos a favor de Financiamos S.A., se requería autorización de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., como ordenador del gasto, desconociendo las instrucciones que, en su criterio, ya se habían emitido anteriormente a su favor en los mismos certificados. La Superintendencia Financiera de Colombia dio traslado de la reclamación a Fiduprevisora S.A., por medio de misiva del 6 de junio de 2007¹³⁰, para que esta diera respuesta escrita al solicitante.

Por consiguiente, la fiduciaria respondió la reclamación de Financiamos S.A. el 28 de junio de 2007¹³¹, reiterando su posición de que, para efectos de realizar pagos, la entidad debía antes obtener una instrucción de pago por parte de los fideicomitentes. En este sentido, afirmó que, si bien el encargo fiduciario podía servir de fuente de pago a favor de terceros, lo cierto era que los pagos, sin excepción, incluidos aquellos que debían ser realizados a los mismos fideicomitentes y a terceros, como era el caso de Financiamos S.A., debían estar «*precedidos de una instrucción de pago*». Así las cosas, Fiduprevisora S.A. sostuvo que no estaba incumpliendo el contrato de encargo fiduciario, toda vez que entre los requisitos para efectuar los pagos se encontraba el de recibir instrucción de pago por parte del ordenador del gasto, y que los certificados de fuente de pago no constituían en sí mismos instrucciones de pago, agregando que de su lectura tampoco se desprendía tal interpretación.

3.1.6.6. Por medio de comunicación del 6 de agosto de 2007¹³², Fiduprevisora S.A. dio respuesta a un nuevo derecho de petición presentado por Financiamos S.A., identificado con el número FIN-658-07. En su respuesta, la fiduciaria le manifestó a Financiamos S.A. que, una vez se fuera a realizar la liquidación del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020, el procedimiento que se seguiría para el retiro de los recursos sería el establecido en la cláusula cuarta del negocio jurídico, según el cual se entregaría a los fideicomitentes, a la finalización del contrato, toda suma por concepto de capital, intereses y rendimientos que quedaran después de haberse cancelado todas las obligaciones con cargo a los recursos del fideicomiso. Agregó que, de conformidad con el otrosí No. 1 del contrato, los fideicomitentes indicarían a Fiduprevisora S.A. la prelación de los pagos.

¹²⁹ Folios 202 a 205 del cuaderno 2.

¹³⁰ Folios 200 a 201 del cuaderno 2.

¹³¹ Folios 529 a 533 del cuaderno 1A.

¹³² Folios 543 a 546 del cuaderno 1A.



3.1.6.7. Mediante comunicación del 2 de abril de 2008¹³³, remitida por Fiduprevisora S.A. a Financiamos S.A., la sociedad fiduciaria expresó que Financiamos S.A. no aparecía como beneficiario de los fideicomisos. Se trata, según observa la Sala, de una respuesta emitida con base en los datos que reposaban en los registros de la fiduciaria. Ahora bien, en la misma comunicación, Fiduprevisora S.A. señaló: «*No obstante nos permitimos informar que son beneficiarios de giros ordenados por los Fideicomitentes en desarrollo de los contratos, por lo tanto registramos los siguientes pagos: [...]*». De este modo, la sociedad fiduciaria puso de presente que, en desarrollo del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020, se había realizado un total de seis pagos a favor de Financiamos S.A., a partir de instrucciones de los fideicomitentes, como se observa a continuación:

Código	Fideicomiso	Fecha	Valor
3-1-0020	Gestión Hospitalaria de Colombia Hospital Tomás Uribe Uribe	25-Abr-06	\$25'885.056,00
		29-Mar-06	\$42'137.102,00
		28-Mar-06	\$10'534.276,00
		12-Dic-06	\$170'000.000,00
		20-Jun-07	\$45'000.000,00
		20-Jun-07	\$29'148.737,00
Total 3-1-0020			\$322'705.171,00

Adicionalmente, está acreditado que por medio de comunicación del 6 de diciembre de 2006¹³⁴ los fideicomitentes, tanto el Hospital Tomás Uribe Uribe como Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., autorizaron expresamente uno de estos pagos a favor de Financiamos S.A., por valor de \$170'000.000.

En relación con la refacturación a nombre del Hospital Tomás Uribe Uribe

3.1.7. El Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., como partes de los contratos de asociación y cuentas en participación, debieron efectuar modificaciones al procedimiento de facturación ante las aseguradoras, de tal forma que las facturas se emitieran a nombre del Hospital, lo cual fue acreditado en el proceso, como se verá a continuación.

3.1.7.1. El «*Acta para reformar el contrato de asociación número 030 de 2004, 015 de 2005 y 027 de 2006 [...]*»¹³⁵ —que no se encuentra firmada¹³⁶—, da cuenta de

¹³³ Folio 553 a 554 del cuaderno 1A.
¹³⁴ Folio 334 del cuaderno 1A.
¹³⁵ Folios 400 a 403 del cuaderno 1A.
¹³⁶ En línea con la sentencia T-268 de 2010 de la Corte Constitucional, «*aun cuando la firma es uno de los medios o formas que conducen al reconocimiento de la certeza sobre la autoría de un documento e incluso a la presunción de su autenticidad, no es el único, pues existen otros que también dan lugar a la certeza de su autenticidad cuando se trata de documentos elaborados o manuscritos, como las marcas, las improntas, o cualquier señal física y/o electrónica*» (se destaca). Dicho entendimiento ha sido acogido por esta Subsección, como se evidencia en la sentencia del 10 de marzo de 2025, exp. 70182. Así las cosas, considerando que el «*Acta para reformar el contrato de asociación número 030 de 2004, 015 de 2005 y 027 de 2006 [...]*» (i) contiene el membrete del Hospital Tomás Uribe Uribe en la parte superior de cada una de sus páginas —incluyendo el logotipo, el nombre y el Número de Identificación Tributaria (NIT)—, (ii) que su



una reunión sostenida entre ambas partes el 27 de febrero de 2007 para tomar medidas frente a este asunto. Allí se explicó que, si bien en los contratos de asociación y cuentas en participación se pactó que Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., en calidad de asociado gestor, debía elaborar las facturas y presentar las cuentas de cobro a las aseguradoras, la compañía de seguros La Previsora S.A. no aceptaba que «*la facturación por concepto de servicios médicos prestados a pacientes víctimas de accidentes de tránsito*» se presentara a nombre de terceros, pues sostenía que, de conformidad con los Decretos 1032 de 1991 y 663 de 1993, las facturas debían ser presentadas a nombre del prestador, que en este caso era el Hospital Tomás Uribe Uribe. Por consiguiente, la aseguradora manifestó que esperaba la facturación a nombre del Hospital, para proceder a efectuar la auditoría médica y realizar los respectivos pagos.

En este sentido, las partes de los contratos de asociación y cuentas en participación, en el acta mencionada, acordaron, entre otras cosas, que para el caso específico de la aseguradora La Previsora S.A., el proceso de elaboración y presentación de las facturas, así como su respectivo cobro, quedaría en cabeza del Hospital Tomás Uribe Uribe, lo cual constituiría una excepción a lo consignado en las cláusulas de los contratos. De este modo, el Hospital se comprometió a reorganizar la facturación desde agosto de 2004 y a presentarla a la aseguradora La Previsora S.A., para que esta le diera el respectivo trámite de pago.

En esta línea, mediante comunicación del 8 de mayo de 2007¹³⁷ remitida por Germán Alain Cortés Zamora¹³⁸ al director nacional de unidades de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., se hizo entrega de 90 envíos de refacturación, que contenían 2027 facturas en cabeza del Hospital Tomás Uribe Uribe y dirigidos a la compañía de seguros La Previsora S.A., por un total de \$403'326.085, acompañado de un anexo¹³⁹ con el reporte estadístico de facturación correspondiente al período comprendido entre el «05/01/2005» y el «05/08/2007».

3.1.7.2. Posteriormente, a través de comunicación del 21 de junio de 2007¹⁴⁰, la señora Claudia Rosa Forero, gerente de Financiamos S.A., expresó al Hospital Tomás Uribe Uribe que entendía la necesidad de refacturar los servicios prestados a nombre del Hospital y que sabía que dicha refacturación se estaba realizando. No obstante, advirtió que los dineros recaudados a partir de dicha actividad debían ingresar a la cuenta del encargo fiduciario administrado por Fiduprevisora S.A., en virtud del contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020. Luego, adujo que el encargo fiduciario era garantía de varias personas, entre ellas Financiamos S.A., debido a los dos certificados fiduciarios expedidos a su favor, y exigió que, ante «*la violación de las normas por parte del*

contenido está en línea con otros documentos que obran en el plenario relativos a la necesidad de refacturar a nombre del Hospital, y (iii) que la autenticidad del documento no fue cuestionada en el marco del proceso, la Sala tendrá el acta como válida para los efectos probatorios correspondientes.

¹³⁷ Folio 413 del cuaderno 1A.

¹³⁸ En el expediente no aparece en qué entidad ni empresa laboraba este señor.

¹³⁹ Folios 414 a 417 del cuaderno 1A.

¹⁴⁰ Folios 526 a 527 del cuaderno 1A.



Hospital Departamental Tomás Uribe Uribe», era necesario que este pagara directamente a Financiamos S.A. o que, una vez el Hospital hubiera refacturado y recibido los pagos, girara dichos recursos al encargo fiduciario, para efectos de que Fiduprevisora S.A. pudiera transferirlos a Financiamos S.A.

En similares términos se dirigió la señora Luisa Fernanda Forero, también en calidad de gerente de Financiamos S.A., en escritos del 17 de julio¹⁴¹ y el 3 de diciembre¹⁴² de 2007, ambos dirigidos al Hospital Tomás Uribe Uribe. En la primera de estas comunicaciones solicitó al Hospital, adicionalmente, que emitiera una orden irrevocable a las aseguradoras de cancelar a Fiduprevisora S.A. los servicios que fueran refacturados a nombre del Hospital, y que, frente a la suma de \$403'326.085 que había sido refacturada a la compañía La Previsora S.A. y que estaba «*próxima a cancelarse*», hiciera llegar a Financiamos S.A. el comunicado con el que le informó a dicha aseguradora que los recursos debían direccionarse al encargo fiduciario. Luego, en la misiva del 3 de diciembre de 2007, advirtió al Hospital que, de no entregarle directamente los recursos derivados de la refacturación a Financiamos S.A., o transferirlos al encargo fiduciario administrado por Fiduprevisora S.A., iniciaría las acciones legales pertinentes.

La posibilidad de iniciar acciones legales fue reiterada por Financiamos S.A. en comunicaciones del 6 de febrero¹⁴³ y el 18 de abril¹⁴⁴ de 2008. En esta última, además, se puso de presente la realización de una reunión entre Financiamos S.A. y el Hospital, sostenida el 26 de marzo de 2008, donde la primera se habría comprometido a remitir una relación de las obligaciones pendientes de pago con Financiamos S.A. y/o sus inversionistas.

3.1.7.3. Por otra parte, en comunicación de fecha «2007-07-09», María Victoria Henao Gil, gerente comercial de Financiamos S.A., remitió escrito¹⁴⁵ a Fiduprevisora S.A., donde puso de presente que se llevó a cabo una reunión conjunta el 5 de julio de 2007 para tratar el asunto de la refacturación. En la carta, Financiamos S.A. afirmó que el Hospital Tomás Uribe Uribe había refacturado \$403'000.000 y que, hasta el momento, no se había realizado recaudo alguno de estas facturas a través de Fiduprevisora S.A. En consecuencia, Financiamos S.A. solicitó a la fiduciaria que velara porque los recursos derivados de la refacturación llegaran al encargo fiduciario, considerando que era justamente con dichos recursos que debía cancelarse la deuda a Financiamos S.A. Por medio de comunicación del 3 de agosto de 2007¹⁴⁶, Fiduprevisora S.A. respondió el escrito de Financiamos S.A., solicitándole a su vez que indicara, en relación con los servicios refacturados, los números de las facturas y el valor de cada una de ellas.

¹⁴¹ Folios 537 a 539 del cuaderno 1A.

¹⁴² Folios 547 a 548 del cuaderno 1A.

¹⁴³ Folio 550 del cuaderno 1A.

¹⁴⁴ Folios 555 a 559 del cuaderno 1A.

¹⁴⁵ Folios 534 a 535 del cuaderno 1A.

¹⁴⁶ Folio 540 del cuaderno 1A.



3.1.7.4. El 6 de agosto de 2007, Fiduprevisora S.A. dio respuesta¹⁴⁷ a un derecho de petición presentado por Financiamos S.A., identificado con el número FIN-658-07. La fiduciaria respondió la inquietud de Financiamos S.A. en relación con la refacturación que estaría adelantando el Hospital Tomás Uribe Uribe y el deber de que los pagos de las aseguradoras llegaran al encargo fiduciario. Sobre el particular, adujo que, en virtud del contrato de encargo fiduciario, el proceso de facturación, cobro, recaudo y manejo de la cartera estaba a cargo de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., en calidad de asociado gestor. Adicionalmente, señaló que, si bien mediante comunicación FIN 563-07 Financiamos S.A. había indicado a la fiduciaria *«el valor refacturado y pendiente de recaudar»*, no había precisado el número de las facturas y el valor correspondiente a cada una de ellas, situación que le impedía a la fiduciaria hacer requerimientos al Hospital.

3.1.7.5. A través de comunicación¹⁴⁸ suscrita por la representante legal de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., de fecha 5 de diciembre de 2005, se adujo que los certificados de fuente de pago fueron emitidos por un valor de \$676'000.000, *«orden cumplida estrictamente, incluso por mayor valor»*. Luego expresó que, ante el vencimiento del encargo fiduciario el 31 de julio de 2007, no existía la obligación de que los recursos producto de la refacturación ingresaran a este. En cambio, afirmó que dichos recursos hacían parte *«exclusivamente de la liquidación técnica de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.»*.

Informes de gestión del encargo fiduciario emitidos por Fiduprevisora S.A.

3.1.8. En el expediente se encuentra probado que Fiduprevisora S.A. en desarrollo del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020, emitió múltiples informes, entre ellos los informes mensuales de gestión del 30 de septiembre de 2006¹⁴⁹, el 31 de enero de 2007¹⁵⁰, el 28 de febrero de 2007¹⁵¹ y el 28 de febrero de 2014¹⁵², y los informes de rendición de cuentas semestrales del 31 de diciembre de 2006¹⁵³ y el 30 de junio de 2007¹⁵⁴.

La Sala observa que el informe de rendición de cuentas semestral del 31 de diciembre de 2006 contiene un anexo denominado *«Total aportes detallados»*¹⁵⁵, en el cual se precisan los desembolsos realizados por las compañías aseguradoras y los propios fideicomitentes a las cuentas del fideicomiso, mes a mes, desde noviembre de 2004 —después de su constitución, que tuvo lugar en septiembre del mismo año— hasta diciembre de 2006 —fecha de corte del referido informe semestral—, indicando el nombre de la empresa que realizó cada aporte. Según la

¹⁴⁷ Folios 543 a 546 del cuaderno 1A.

¹⁴⁸ Folio 549 del cuaderno 1A.

¹⁴⁹ Folios 63 a 69 del cuaderno 2.

¹⁵⁰ Folios 159 a 166 del cuaderno 2.

¹⁵¹ Folios 183 a 190 del cuaderno 2.

¹⁵² Folios 234 a 245 del cuaderno 2.

¹⁵³ Folios 89 a 106 del cuaderno 2.

¹⁵⁴ Folios 132 a 150 del cuaderno 2.

¹⁵⁵ Folios 122 a 130 del cuaderno 2.



información consignada en dicho documento, el total de ingresos del fideicomiso durante ese lapso ascendía a la suma de \$1.160'832.331. Por otra parte, los datos presentados en el anexo permiten conocer que los aportes del fideicomiso entre diciembre de 2005 —mes en que se expidió el primer certificado de fuente de pago— y diciembre de 2006 —fecha de corte del informe— era de \$787'377.919.

Posteriormente, en el informe de rendición de cuentas semestral del 30 de junio de 2007, se incluyó un anexo¹⁵⁶ similar al descrito anteriormente, en el que se detallaron los pagos realizados a las cuentas del fideicomiso durante el semestre siguiente, es decir, entre los meses de enero y junio de 2007. Según los datos de este documento, en ese lapso habría ingresado un total adicional de \$107'770.456.

Prueba testimonial, interrogatorios de parte y dictamen pericial

3.1.9. Se recibieron los testimonios de María Victoria Henao Gil¹⁵⁷, ex funcionaria de Financiamos S.A.; de Rocío Londoño Londoño¹⁵⁸, ex vicepresidente de Administración Fiduciaria (E) de Fiduprevisora S.A., y de Martha Cecilia Castellanos García¹⁵⁹, ex coordinadora de negocios de Fiduprevisora S.A. Asimismo, también se practicaron los interrogatorios de parte de los señores Clara Inés Fernández y

¹⁵⁶ Folios 156 a 157 del cuaderno 2.

¹⁵⁷ El testimonio de la señora Henao Gil fue solicitado por la parte accionante (Folio 667 del cuaderno 1A). Luego, fue decretado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante auto del 11 de julio de 2012 (Folios 840 a 841 del cuaderno 1B).

¹⁵⁸ En auto del 11 de julio de 2012, el Tribunal de primera instancia decretó, como prueba conjunta, el testimonio de la señora Rocío Londoño Londoño, ya que este fue solicitado tanto por la parte actora (Folio 667 del cuaderno 1A) como por Fiduprevisora S.A., entidad demandada en el proceso (Folio 801 del cuaderno 1B). Seguidamente, se comisionó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para la práctica de la diligencia (Folio 843 del cuaderno 1B)

¹⁵⁹ El testimonio de la señora Castellanos García fue solicitado por Fiduprevisora S.A. en su escrito de contestación (Folios 801 a 802 del cuaderno 1B). Posteriormente, fue decretado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante el auto de decreto de pruebas, comisionándose para su práctica al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Folio 841 del cuaderno 1B).



Miguel Ángel Arce¹⁶⁰, prestamistas demandantes, y de la señora Claudia Rosa Forero Ramírez¹⁶¹, en calidad de representante legal de Financiamos S.A.¹⁶²⁻¹⁶³.

La Sala realizará la valoración de estas pruebas al momento de resolver el caso concreto. En lo que respecta a las declaraciones de las señoras Rocío Londoño Londoño y Martha Cecilia Castellanos, ex funcionarias de Fiduprevisora S.A.; y María Victoria Henao Gil, ex empleada de Financiamos S.A., la Sala observa que tuvieron una relación de dependencia con las partes en este asunto, pero no por ello su valoración puede descartarse de plano, sino que deben valorarse con mayor rigor, de acuerdo con las demás pruebas que reposan en el expediente y a las circunstancias de cada caso, todo ello basado en la sana crítica.

3.1.10. La parte demandante solicitó el interrogatorio de parte de Martín Alonso Cuellar Lozano, en calidad de gerente y representante legal del Hospital Tomás Uribe Uribe. Por medio de auto del 11 de julio de 2012¹⁶⁴, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no accedió al decreto de esta prueba, porque el artículo 199 del CPC prohibía la práctica de interrogatorios a representantes de entidades públicas. Por consiguiente, de conformidad con la misma norma, ordenó al señor Cuéllar Lozano rendir informe escrito bajo juramento sobre los hechos de la demanda.

¹⁶⁰ Los interrogatorios de parte de la señora Fernández y el señor Arce, prestamistas demandantes en el presente asunto, fueron solicitados por Fiduprevisora S.A. en su escrito de contestación (Folio 802 del cuaderno 1B) y, posteriormente, decretados por el Tribunal de primera instancia mediante auto del 11 de julio de 2012 (Folio 842 del cuaderno 1B).

¹⁶¹ En su contestación, Fiduprevisora S.A. solicitó el interrogatorio de parte del representante legal de Financiamos S.A. (Folio 802 del cuaderno 1B). En consecuencia, mediante el auto de decreto de pruebas, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ordenó la práctica de dicho interrogatorio a la señora Forero Ramírez, quien ostentaba esa calidad (Folio 842 del cuaderno 1B).

¹⁶² Según el acta de la audiencia de pruebas, el día 1 de abril de 2014, el apoderado judicial de Fiduprevisora S.A. desistió de los testimonios de los señores Alberto Domínguez Henao y James Augusto Osorio Valencia, quienes se encontraban citados para ese mismo día y para el día siguiente, respectivamente (Folios 919 y 920 del cuaderno 1B), por no conocer de los hechos, petición que fue aceptada por el Tribunal, al tratarse de una prueba que no se había practicado (Folio 40 del cuaderno 2). Por otra parte, también fue decretado el interrogatorio de parte de la señora Elizabeth Engel Ricaurte, para ser practicado en la audiencia de pruebas, quien no compareció a la diligencia; no obstante, mediante memorial radicado el 8 de abril de 2014, el apoderado judicial de la parte demandante solicitó al Tribunal reconocer justificación de la ausencia de la señora Engel Ricaurte, teniendo en cuenta que residía en México desde hacía varios años (Folio 926 del cuaderno 1B). En auto del 9 de abril de 2014, el Tribunal decidió tener por justificada la inasistencia de la declarante (Folio 929 del cuaderno 1B).

¹⁶³ En el auto de decreto de pruebas, también se ordenó el testimonio de la señora Silvana Habib Daza, para cuya práctica se comisionó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca; sin embargo, el apoderado de Fiduprevisora S.A. renunció a este testimonio mediante memorial del 6 de febrero de 2014 (Folio 95 del cuaderno 1C), solicitud que fue aceptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 27 de febrero de 2014 (Folio 96 del cuaderno 1C). Por otra parte, se decretó el interrogatorio de parte del señor Juan José Lalinde Suárez, representante legal de Fiduprevisora S.A. (Folio 840 del cuaderno 1B), prueba que había sido solicitada en la demanda; no obstante, el interrogatorio fue realizado con el señor Juan José Duque Liscano (Folios 141 a 144 del cuaderno 1C), quien tenía el cargo de Gerente Jurídico en Fiduprevisora S.A. (Folio 128 del cuaderno 1C). Por lo tanto, esta prueba no será valorada, en la medida en que no se corresponde con lo ordenado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

¹⁶⁴ Folios 839 a 843 del cuaderno 1B.



No obstante, en el expediente se observa que el informe escrito¹⁶⁵, presentado el 26 de septiembre de 2014, no fue rendido por el señor Cuéllar Lozano, como lo ordenó el Tribunal, sino por Werney Ladino Bedoya, actuando en calidad de apoderado judicial del Hospital Tomás Uribe Uribe. Así las cosas, la Sala observa que el informe no fue rendido por la persona que debía hacerlo, según el decreto de pruebas y el artículo 199 del CPC, sino por el señor Ladino Bedoya, quien ni siquiera actuó en representación del señor Cuellar Lozano, sino del Hospital. En estas condiciones, mal podría otorgarse valor probatorio al informe mencionado, pues este debía ser presentado por Martín Alonso Cuellar Lozano, bajo gravedad de juramento y en función de su cargo, requisitos que en este caso no se cumplieron. Por consiguiente, el informe no será tenido en cuenta en este proceso.

3.1.11. En la demanda, se solicitó como prueba la exhibición de documentos con la intervención de peritos expertos en contabilidad¹⁶⁶. Por medio del auto de decreto de pruebas, proferido el 11 de julio de 2012, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decretó la prueba solicitada, de la siguiente manera¹⁶⁷:

«3) DECRÉTESE la exhibición de documento, para que con la intervención de un (1) Perito CONTADOR se determine lo solicitado en el título C. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS DE CONTABILIDAD CON INTERVENCIÓN DE PERITOS, numerales 1 y 2 folios 664 a 666 de la demanda [...]».

Mediante auto del 17 de octubre de 2014¹⁶⁸, el Tribunal señaló que no era necesaria la diligencia de exhibición de documentos, toda vez que lo pretendido con la prueba decretada era obtener unos datos técnicos a partir de documentos contractuales que las entidades accionadas tenían en su poder, y, por consiguiente, resultaba *«de mayor utilidad un dictamen pericial realizado por un perito contador, para efectos de esclarecer el objeto litigioso [...]»*. En consecuencia, se ordenó al auxiliar de la justicia Marco Tulio Astudillo Rodríguez rendir experticia conforme con lo ordenado en el auto de decreto de pruebas¹⁶⁹.

En consecuencia, el contador público Marco Tulio Astudillo Rodríguez rindió dictamen pericial¹⁷⁰, de fecha 2 de marzo de 2016, obrante en el plenario. Frente a este, dentro del término de traslado que se corrió a las partes¹⁷¹, el apoderado judicial de Fiduprevisora S.A. presentó memorial¹⁷² por medio del cual solicitó, con fundamento en el artículo 228 del CGP, la comparecencia del perito en audiencia

¹⁶⁵ Folios 252 a 268 del cuaderno 2.

¹⁶⁶ Folios 664 a 666 del cuaderno 1A.

¹⁶⁷ Folios 839 a 840 del cuaderno 1B.

¹⁶⁸ Folio 952 del cuaderno 1B.

¹⁶⁹ El 28 de octubre de 2014, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del auto del 17 de octubre de 2014, pidiendo revocarlo y, en su lugar, señalar fecha y hora para realizar la diligencia de exhibición de documentos con intervención de peritos, prueba solicitada en el libelo introductorio (Folios 953 a 955 del cuaderno 1B). En auto del 31 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolvió el recurso interpuesto, en el sentido de no reponer la providencia y no conceder el recurso de apelación.

¹⁷⁰ Folios 978 a 983 del cuaderno 1B.

¹⁷¹ Folio 1.007 del cuaderno 1B.

¹⁷² Folios 1.008 a 1.009 del cuaderno 1B.



para formularle preguntas sobre su contenido. El apoderado judicial de la parte demandante, por su parte, solicitó la aclaración y complementación del dictamen pericial, con el fin de precisar algunos aspectos¹⁷³. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de auto del 24 de enero de 2017¹⁷⁴, decidió negar la solicitud de Fiduprevisora S.A., aduciendo que en el presente asunto aplicaban las normas del CPC —por remisión del artículo 267 del CCA— y no las del CGP. En cambio, en lo que atañe a la petición de la parte demandante, el Tribunal ordenó la complementación del dictamen pericial, con fundamento en que este no había absuelto los interrogantes planteados en la demanda.

Así, el 10 de noviembre de 2017, el perito Marco Tulio Astudillo Rodríguez presentó la complementación del dictamen pericial¹⁷⁵, de la cual, a su vez, también se corrió traslado a las partes¹⁷⁶. Dentro de este término, el apoderado de Fiduprevisora S.A. presentó memorial solicitando aclaración y complementación del documento presentado por el perito contador¹⁷⁷, petición que fue aceptada por el Tribunal¹⁷⁸. Así las cosas, el día 31 de mayo de 2018¹⁷⁹, el señor Astudillo Rodríguez presentó un segundo documento de aclaración y complementación del dictamen pericial¹⁸⁰.

La valoración del dictamen pericial, así como de sus aclaraciones y complementaciones, se realizará al momento de resolver el caso concreto. Se anticipa que dicho dictamen se practicó en debida forma y será valorado teniendo en cuenta su solidez, exhaustividad, precisión, calidad y claridad, de conformidad con lo establecido en los artículos 233 y 241 del CPC.

3.2. Generalidades sobre la institución del incumplimiento del contrato estatal

Para abordar la materia del incumplimiento en relación con el contrato estatal, ha de señalarse, de entrada, que se trata de uno de los elementos que pueden configurar la responsabilidad contractual. A grandes rasgos, consiste en una conducta imputable a una de las partes del acuerdo de voluntades, que se traduce en la inejecución o en la ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones que emanan del negocio jurídico. Al respecto, cabe señalar que el deber de las partes de ejecutar las prestaciones tal como fueron pactadas se deriva de la fuerza vinculante del contrato, que reposa sobre principios como los siguientes: *(i)* autonomía de la voluntad de las partes, que permite a las personas autorregular sus propios intereses y relaciones jurídicas, y *(ii)* *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, norma según el cual «[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».

¹⁷³ Folios 1.010 a 1.012 del cuaderno 1B.

¹⁷⁴ Folios 1.014 a 1.015 del cuaderno 1B.

¹⁷⁵ Folios 1.073 a 1.076 del cuaderno 1B.

¹⁷⁶ Folios 1.131 a 1.132 del cuaderno 1B.

¹⁷⁷ Folios 1.133 a 1.134 del cuaderno 1B.

¹⁷⁸ Folios 1.137 a 1.138 del cuaderno 1B.

¹⁷⁹ Folio 1.143 del cuaderno 1B.

¹⁸⁰ Folios 1.140 a 1.142 del cuaderno 1B.



En el mismo sentido, esta Sección¹⁸¹ ha señalado que el incumplimiento contractual *«tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, el cual asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa con ello un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar»*. En cualquier caso, cabe resaltar que el contrato debe existir y ser válido para producir efectos entre las partes.

Así las cosas, cuando en el marco de un contrato estatal —existente y válido— una de las partes **(i)** incumple las obligaciones a su cargo, **(ii)** produce un daño antijurídico y, además, **(iii)** se verifica la existencia de un vínculo de causalidad entre ambos elementos, se reúnen los presupuestos que configuran la responsabilidad contractual, a partir de la cual el sujeto incumplido debe reparar integralmente los perjuicios ocasionados a su contraparte.

En relación con los elementos que configuran este tipo de responsabilidad, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con sustento en jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado lo siguiente¹⁸²:

*«Ahora bien, sabido es que existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento»*¹⁸³.

Por otra parte, la jurisprudencia¹⁸⁴ ha indicado que existen tres clases de incumplimiento, a saber: **(i)** la mora, **(ii)** el cumplimiento defectuoso y **(iii)** el incumplimiento definitivo. En cuanto al primero, debe tenerse en cuenta que el deudor debe cumplir su obligación cuando la misma es exigible, circunstancia que se presenta: cuando es pura y simple, desde su nacimiento; si es a plazo, al vencimiento del mismo; y, si es condicional, al cumplirse la condición¹⁸⁵. En esa medida, la mora implica la falta de cumplimiento de la obligación dentro de la oportunidad para hacerlo. La segunda clase, esto es, el cumplimiento defectuoso, ocurre cuando la conducta *«se dirige a la realización de la prestación, pero no consigue la extinción de la obligación porque no se ajusta a todas las circunstancias exigidas por el contrato, la ley o la buena fe para la correcta satisfacción del interés*

¹⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 24169.

¹⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 17552.

¹⁸³ Cita del original: Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

¹⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de marzo de 2006, exp. 15898.

¹⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 31 de mayo de 2021, exp. 61019.



del acreedor»¹⁸⁶. Por último, el incumplimiento definitivo de la obligación se presenta «cuando la omisión de la administración en la realización de la prestación se torna absoluta y definitiva, de manera que no es posible el cumplimiento de la prestación, o, aun siendo posible, esta no satisface el interés del contratista»¹⁸⁷.

Ahora bien, en lo que atañe a los efectos del incumplimiento contractual, resulta relevante aclarar que, de un lado, el deudor incumplido puede ser constreñido judicialmente a ejecutar la prestación insatisfecha o su equivalente pecuniario — cuando lo primero ya no es posible¹⁸⁸—, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados a su contraparte, y, de otro lado, el sujeto perjudicado adquiere el derecho correlativo a reclamar, ante el juez del contrato, el cumplimiento de la obligación insatisfecha o su subrogado, así como el resarcimiento por la lesión o perturbación ocasionada a su derecho de crédito¹⁸⁹. En ese sentido, ha de precisarse que, con fundamento en la carga de la prueba, quien pretende la declaratoria de incumplimiento del contrato y su correspondiente condena debe acreditar, con suficiencia, la existencia del respectivo incumplimiento, como ocurre con cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad contractual.

Lo anterior, en consideración a que el ordenamiento jurídico procesal exige a las partes probar los hechos en los que fundaron las pretensiones o excepciones formuladas en el marco del proceso. El principio de la carga de la prueba, conocido como «*onus probandi*», tiene sustento en el artículo 177 del CPC, cuyo tenor es el siguiente: «*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]*». Del mismo modo, el legislador impuso al juez el deber de fundar sus decisiones judiciales en las pruebas allegadas al proceso, deber que se concreta en el artículo 174 del mismo estatuto procesal, disposición que establece: «*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*».

3.3. El estudio sobre el supuesto incumplimiento del contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020

¹⁸⁶ Escobar Gil, Rodrigo A. «*Responsabilidad contractual de la administración pública*». Editorial: Temis. 1989. Página 139.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ La Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado que, ante el incumplimiento del contrato, el acreedor de la obligación puede exigir el cumplimiento de su objeto o, cuando esto no es posible en el tiempo (causa oportuna), su equivalente, obteniendo el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos. En esta línea, la prestación consistirá en «*que se realice la prestación 'in natura', esto es, el débito primario u original, o con pretensión sobre el débito secundario, esto es, el subrogado o equivalente pecuniario de la obligación o 'aestimatio pecunia', con la indemnización de perjuicios. O sea, lo normal es que el deudor cumpla a su acreedor el contrato ejecutando el objeto en el tiempo debido y lo anormal es que incumpla; si incumple en el momento previsto para el pago incurre en retardo y si es conminado o la ley lo establece sin que ello sea menester entra en mora (art. 1608 C.C.), y una vez constituido en ese estado debe responder de acuerdo con la naturaleza de la prestación (el dar, hacer o no hacer primigenio), que adeude, bien con ejecución del contrato como fue pactado (débito primario), ora con ejecución de su equivalente (débito secundario) y, además, en uno y otro evento, con indemnización de perjuicios*» (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 17552).

¹⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 17552.



3.3.1. El alcance y contenido de los certificados de fuente de pago emitidos por Fiduprevisora S.A. y la prelación de pagos en la ejecución del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020

3.3.1.1. Para comenzar, cabe precisar que varias de las cuestiones debatidas en el presente proceso están relacionadas con el contenido y alcance de los certificados de fuente de pago emitidos por Fiduprevisora S.A. a nombre de Financiamos Ltda. —posteriormente Financiamos S.A.—: **(i)** certificado del 15 de diciembre de 2005, por valor de \$416'000.000, y **(ii)** certificado del 14 de marzo de 2006, por valor de \$260'000.000¹⁹⁰.

Los demandantes alegaron que Fiduprevisora S.A. revocó los certificados de fuente de pago, a pesar de su naturaleza irrevocable, incumpliendo el contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020. Lo anterior, al haber negado a Financiamos S.A. el giro de los recursos bajo la excusa de que, para poder realizarlos, era necesario contar con una instrucción expresa por parte de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., como ordenador del gasto, la cual debía ser independiente —y posterior— a la expedición del propio certificado. En relación con este asunto, en la demanda se formularon las pretensiones principales cuarta, quinta y novena, como se puede apreciar en el acápite **1.1.1** de los antecedentes de esta providencia.

Sobre este asunto, la posición de Fiduprevisora S.A. en la contestación de la demanda fue que la fiduciaria debía pagar según las instrucciones de los fideicomitentes y hasta la concurrencia de los recursos que hacían parte del fideicomiso. Seguidamente agregó que, al no haberse expedido un certificado de garantía ni una instrucción irrevocable de pago, la demanda en cuestión no tenía fundamentos para vincular a Fiduprevisora S.A. al presente proceso.

De manera preliminar, reitera esta Sala que, de acuerdo con los hechos probados **3.1.2** y **3.1.5**, en el expediente obran copias del contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020, de su otrosí de fecha 9 de septiembre de 2005 y de los certificados de fuente de pago emitidos por Fiduprevisora S.A. el 15 de diciembre de 2005 y el 14 de marzo de 2006, sin que estos hayan sido tachados de falsos, por lo cual se encuentra probada su existencia.

De cara al análisis particular, es cierto que, por medio de la correspondencia cruzada entre Financiamos S.A. y Fiduprevisora S.A.¹⁹¹, la primera requirió el pago a la segunda —de recursos provenientes del contrato de encargo fiduciario objeto de estudio—, pero la entidad fiduciaria se negó bajo el argumento de que, a pesar de la existencia de los certificados fiduciarios expedidos a favor de Financiamos S.A., los desembolsos correspondientes únicamente podían realizarse según indicación expresa de la sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.

¹⁹⁰ Hecho probado 3.1.5.

¹⁹¹ Hechos probados 3.1.6.1, 3.1.6.3, 3.1.6.5.



Esta circunstancia, a juicio de la parte demandante, constituyó un incumplimiento contractual por parte de la fiduciaria, en relación con las obligaciones que le asistían en virtud del contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020; sin embargo, la Sala advierte lo contrario, es decir, que en el presente caso no se configura un incumplimiento de su parte por esta situación.

En la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario¹⁹² se incluyeron, entre las obligaciones de los fideicomitentes, la de «*señalar la persona encargada de ordenar los pagos*», así como indicar a la entidad fiduciaria, con la debida antelación, aquellos que se debían efectuar en desarrollo del objeto del contrato, para lo cual debían «*impartir las instrucciones suficientes para la realización de los pagos a proveedores y lo correspondiente a cada uno de los fideicomitentes*». El parágrafo primero del numeral 3 de esta cláusula agregó que los ordenadores del gasto de los fideicomitentes debían registrar su firma en la fiduciaria.

En línea con lo anterior, resulta oportuno precisar que en los certificados de fuente de pago expedidos por Fiduprevisora S.A.¹⁹³ se expresa textualmente, en relación con los fideicomitentes, que «*la Fiduciaria pagará según sus instrucciones y hasta concurrencia de los recursos [...]*» (se destaca). De hecho, lo anterior resulta consistente con las instrucciones de emisión de los certificados, remitidas por los fideicomitentes el 13 de diciembre de 2005 y el 23 de febrero de 2006¹⁹⁴, donde expresan a la fiduciaria: «*Solicitamos muy comedidamente emitir Certificado de Fuente de Pago del Contrato No. 3-1-0020 [...] a nombre de FINANCIAMOS Ltda.*». De este modo, la instrucción textual de los fideicomitentes fue emitir los certificados de fuente de pago a favor de Financiamos Ltda., con sus respectivos valores, pero sin autorizar expresamente un pago específico a dicha sociedad.

En el mismo sentido, las señoras Rocío Londoño Londoño y Martha Cecilia Castellanos, ex funcionarias de Fiduprevisora S.A., cuyos testimonios fueron practicados dentro del proceso¹⁹⁵, sostuvieron que los certificados de fuente de pago requerían de una instrucción posterior de los fideicomitentes para que se pudieran realizar los desembolsos, ya que no se trataba de certificados de garantía.

En contraste con lo anterior, María Victoria Henao Gil, ex funcionaria de Financiamos S.A. —*sociedad demandante en el caso sub examine*—, en su testimonio afirmó que «*desde que se expidió el certificado la obligación de la FIDUCIARIA era pagar a FINANCIAMOS sin requisito adicional*»¹⁹⁶⁻¹⁹⁷.

¹⁹² Hecho probado 3.1.2.3.

¹⁹³ Hecho probado 3.1.5.

¹⁹⁴ Hecho probado 3.1.4.

¹⁹⁵ Hecho probado 3.1.9.

¹⁹⁶ Folio 37 del cuaderno No. 2.

¹⁹⁷ En similar sentido, Claudia Rosa Forero Ramírez, quien fungió como representante legal de Financiamos S.A., en su interrogatorio expresó, en resumen, que solo bastaba con los certificados fiduciarios para que la fiduciaria le realizara los pagos a Financiamos S.A., con el dinero que ingresara a la fiducia.



Sobre estos testimonios es del caso precisar que, en los términos del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, quienes tengan relación de dependencia con alguna de las partes del proceso pueden considerarse como sospechosas para declarar; sin embargo, se advierte que la Corporación¹⁹⁸ ha señalado que este tipo de declaraciones no pueden despacharse de plano, sino que deben valorarse con mayor rigor, de acuerdo con las demás pruebas que reposan en el expediente y a las circunstancias de cada caso, todo ello basado en la sana crítica.

En este caso, a pesar de la sospecha que recae en las declaraciones de las personas que tuvieron un vínculo laboral con Fiduprevisora S.A. —demandado en este asunto—, la Sala tendrá en cuenta las afirmaciones de Rocío Londoño Londoño y de Martha Cecilia Castellanos, en la medida en que encuentran sustento en la prueba documental que reposa en el expediente, que también da cuenta de que los certificados de fuente de pago requerían de una instrucción posterior de los fideicomitentes para que se pudieran realizar los desembolsos correspondientes. No sucede lo mismo con la declaración de la señora María Victoria Henao Gil, a la cual no se le dará mérito probatorio, en tanto los demás medios de prueba van en contravía de su dicho sobre el particular, y es que, en efecto, la fiduciaria para realizar los pagos requería de instrucción precisa por parte de los fideicomitentes.

Al punto, se destaca que en el contrato de asociación y cuentas en participación No. 030 de 2004 —el cual hace parte integrante del encargo fiduciario objeto de estudio, cuyo incumplimiento se solicita¹⁹⁹—, concretamente en la cláusula octava, se pactó que, si bien la entidad fiduciaria debía recibir y distribuir los recursos provenientes de esos negocios jurídicos, lo cierto es que, de conformidad con las instrucciones impartidas por los fideicomitentes, le correspondía realizar los respectivos pagos²⁰⁰. Además, en el expediente se observa una comunicación de fecha 6 de diciembre de 2006²⁰¹ por medio de la cual los fideicomitentes, tanto el Hospital Tomás Uribe Uribe como Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., autorizaron expresamente uno de estos pagos a favor de Financiamos S.A., por valor de \$170'000.000. Luego, en comunicación de fecha 2 de abril de 2008²⁰², remitida por Fiduprevisora S.A. a Financiamos S.A., la sociedad fiduciaria puso de presente que, en desarrollo del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020, se había realizado un total de seis pagos a favor de Financiamos S.A., entre los cuales se encontró un pago por \$170'000.000 de fecha 12 de diciembre de 2006, que coincide, tanto en el valor como en la fecha, con la autorización que habían remitido los fideicomitentes.

Lo anterior es demostrativo de que los pagos en favor de Financiamos S.A. dependían de la instrucción expresa que dieran los fideicomitentes a Fiduprevisora

¹⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de mayo de 2020, exp. 56261.

¹⁹⁹ Hecho probado 3.1.2.1.

²⁰⁰ Hecho probado 3.1.1.4.

²⁰¹ Hecho probado 3.1.6.7.

²⁰² Hecho probado 3.1.6.7.



S.A.; es decir, que los certificados de fuente de pago emitidos por la fiduciaria, en sí mismos, no constituían una orden de pago, sino que requerían de una instrucción posterior de los fideicomitentes en relación con cada pago específico, lo cual se depende no solamente del mismo contrato de encargo fiduciario, sino también de los contratos de asociación de cuentas y participación —que hacen parte integrante del encargo fiduciario—, además de los testimonios puestos de presente.

Además, como se expuso anteriormente, existe evidencia de que, en efecto, mediaron órdenes de pago específicas que los fideicomitentes suministraron a Fiduprevisora S.A. para la realización de pagos a Financiamos S.A.

En consecuencia, no puede predicarse un incumplimiento por parte de Fiduprevisora S.A. por haber negado, en ciertas ocasiones, el giro de recursos con sustento en que no contaba con una instrucción expresa de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. como ordenador del gasto, toda vez que, según el mismo contrato de encargo fiduciario, además de los contratos de asociación de cuentas y participación, se requería de orden expresa de la mencionada sociedad para que la entidad fiduciaria hiciera los pagos correspondientes a Financiamos S.A.

Con lo anterior, además, en manera alguna se evidencia que la fiduciaria hubiese incumplido su obligación de buena fe al ocultarle a Financiamos S.A. que, además de los certificados fiduciarios, para generar pagos se requería adicionalmente solicitud directa de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., toda vez que, como acaba de verse, en los mismos certificados, que se expidieron en favor de Financiamos S.A., se expresó textualmente que la fiduciaria debía pagar según las instrucciones de los fideicomitentes, lo cual evidencia una conducta desprovista de mala fe porque esta última sociedad conoció la condiciones de pago desde el inicio.

3.3.1.2. Esta Sala de Subsección no pasa por alto que, tal como fue indicado por los demandantes²⁰³, el informe de rendición de cuentas semestral del 31 de diciembre de 2006²⁰⁴, expedido por Fiduprevisora S.A., contiene un anexo denominado «*Total aportes detallados*», en el cual se indicaron los desembolsos realizados por las compañías aseguradoras y los propios fideicomitentes a las cuentas del fideicomiso, mes a mes, desde noviembre de 2004, indicando el nombre de la empresa que realizó cada aporte. Según la información consignada en dicho documento, los aportes efectuados al fideicomiso entre diciembre de 2005 —mes en que se expidió el primer certificado de fuente de pago— y diciembre de 2006 —fecha de corte del informe semestral— fueron de \$787'377.919. Adicionalmente, en el informe de rendición de cuentas semestral del 30 de junio de 2007²⁰⁵, se incluyó un anexo similar al descrito anteriormente, en el que se detallaron los pagos realizados a las cuentas del fideicomiso durante el semestre siguiente, es decir, entre los meses de enero y junio de 2007. Según los datos de este documento, en ese lapso habría ingresado un total adicional de \$107'770.456.

²⁰³ Ver hecho No. 47 de la demanda (apartados 1.2.11. y 1.2.12. de los antecedentes de este proveído).

²⁰⁴ Hecho probado 3.1.8.

²⁰⁵ Hecho probado 3.1.8.



A partir de tales informes, se observa que los dineros que ingresaron a las cuentas del encargo fiduciario desde el mes en que se emitió el primer certificado de fuente de pago, es decir, desde diciembre de 2005, hasta junio de 2007 —fecha de corte del segundo informe de rendición de cuentas mencionado—, ascendieron, por lo menos, a \$895.148.375. Por tal razón, considerando que los dos certificados de fuente de pago expedidos por la fiduciaria, en su conjunto, sumaban un valor de \$676'000.000, y teniendo en cuenta la prelación de pagos establecida en los certificados a favor de Financiamos S.A. —asunto que se estudiará en el acápite **3.3.1.3** de esta sentencia—, forzoso resulta concluir que existía dinero suficiente en las cuentas del fideicomiso para pagar de forma completa la deuda adquirida con esta sociedad. No obstante, según lo expresó Fiduprevisora S.A. en comunicación del 2 de abril de 2008²⁰⁶, los pagos que se habían efectuado a Financiamos S.A. hasta esa fecha ascendían únicamente a \$322'705.171.

A pesar de lo anterior, una revisión detenida de la demanda objeto de estudio permite apreciar que la pretensión relacionada con este asunto²⁰⁷ —es decir, con el hecho de que no se le haya pagado a Financiamos S.A. la deuda completa aun existiendo dinero suficiente en el fideicomiso y habiéndose realizado los requerimientos de pago por parte de tal sociedad— fue exclusivamente formulada en contra de Fiduprevisora S.A. —y no de los fideicomitentes—, con el fin de que se declarara su incumplimiento por este aspecto. Lo anterior, según los accionantes, se habría materializado en que Fiduprevisora S.A. se hubiera negado a efectuar los pagos aduciendo que, para ello, requería de instrucción posterior expresa de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., en calidad de ordenador del gasto, mientras que, en criterio de los demandantes, bastaba con el solo certificado fiduciario.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala reitera que, tal como lo concluyó en el acápite **3.3.1.1** de esta providencia, según el propio contrato de encargo fiduciario y los certificados de fuente de pago, así como los contratos de asociación y cuentas en participación, la sociedad fiduciaria requería orden expresa de los fideicomitentes para poder efectuar pagos con cargo a los recursos del fideicomiso. En este orden, mal podría declararse el incumplimiento de Fiduprevisora S.A. por haber negado lícitamente el pago de recursos que, en efecto, necesitaban de una instrucción de pago del ordenador del gasto para ser transferidos, condición que en algunos casos no se dio, aun existiendo los recursos suficientes en el encargo fiduciario.

²⁰⁶ Hecho probado 3.1.6.7.

²⁰⁷ Pretensión quinta de la demanda principal, que se formuló así «*Que se declare que FIDUPREVISORA S.A. obró con culpa en la administración del encargo fiduciario (...) e incumplió la cláusula décima segunda del encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pago, así como las estipulaciones irrevocables contenidas a favor de FINANCIAMOS S.A. en los dos certificados fiduciarios de fechas 15 de diciembre de 2005 y 14 de marzo de 2006, al revocar los certificados, exigiendo que para poder generar pagos a FINANCIAMOS S.A. (antes Ltda.), la solicitud de los mismos los debía efectuar directamente Gestión Hospitalaria, situación que desconoció la irrevocabilidad y la naturaleza de las estipulaciones consagradas a favor de la demandante en los referidos certificados fiduciarios*» (se destaca).



Distinto sería el análisis, cabe precisar, si las pretensiones de incumplimiento por estas razones se hubieran dirigido en contra de los fideicomitentes, quienes tenían entre sus obligaciones la de «*impartir las instrucciones suficientes*» para la realización de los pagos a terceros o a ellos mismos, de conformidad con la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario, y en línea con los propios certificados. No obstante, entiende la Sala que una pretensión en tal sentido habría sido inconsistente con la postura adoptada por la parte demandante a lo largo del proceso, según la cual Fiduprevisora S.A. no requería de órdenes adicionales a los certificados de fuente de pago para desembolsar los recursos correspondientes.

Por consiguiente, en vista de que esta situación —es decir, que la existencia de recursos suficientes en el fideicomiso no se haya visto traducido en una cancelación total de la deuda de Financiamos S.A.— únicamente se le imputó a la sociedad fiduciaria, la Sala de Subsección, en virtud del principio de congruencia que debe guiar las decisiones judiciales —artículo 305²⁰⁸ del CPC²⁰⁹—, no procederá a analizar si dichas circunstancias configuraron un incumplimiento de otros sujetos, como tampoco a declarar incumplimientos relacionados con este particular.

En ese sentido, se negarán las pretensiones de la demanda en lo que a este punto concierne.

3.3.1.3. Por otra parte, también en relación con los certificados de fuente de pago y su irrevocabilidad, los accionantes señalaron que estos establecieron una «*prelación de pagos*» a favor de Financiamos S.A. Además, alegaron que los fideicomitentes incumplieron el contrato por no haber cubierto con recursos propios las obligaciones pendientes de pago y con cargo al encargo fiduciario, cuando aquellos fueron insuficientes. Finalmente, reprocharon a Fiduprevisora S.A. por no haberles exigido esta conducta. Las pretensiones cuarta, sexta, séptima, octava, décima tercera y décima cuarta tienen que ver con este particular, lo cual se observa en el punto 1.1.1 de los antecedentes de esta sentencia.

Pues bien, en los certificados de fuente de pago expedidos por Fiduprevisora S.A. se observa el siguiente aparte, que corresponde a las instrucciones emitidas previamente por los fideicomitentes para tal fin: «*Que luego de realizadas las reservas de recursos correspondientes al servicio de la deuda de Financiamos Ltda.*

²⁰⁸ «ARTÍCULO 305. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

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

²⁰⁹ Recientemente, esta Subsección sostuvo lo siguiente: «Según lo dispuesto en el artículo 305 del CPC, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades previstas y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley, disposición en la que, además, se consagró que 'No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta'» (destacado del texto original) (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de octubre de 2025, exp. 65636).



[...] y los gastos del fideicomiso, los recursos remanentes quedarán a disposición del fideicomitente»²¹⁰. Es claro, entonces, que los certificados de fuente de pago prometieron a Financiamos S.A. una prelación de pagos, en virtud de la cual, con los recursos que ingresaran al fideicomiso, se realizarían en primer lugar las reservas para pagar la deuda con Financiamos S.A., así como los gastos del fideicomiso, antes de girar recursos a los fideicomitentes.

Siendo así, se precisa que para declarar el incumplimiento de los fideicomitentes y/o de Fiduprevisora S.A. con fundamento en la inobservancia de esta prelación, resulta necesario que se encuentre acreditado **(i)** que los fideicomitentes, en efecto, dieron instrucciones a Fiduprevisora S.A. en el sentido de girarles recursos a ellos mismos, antes de cancelar totalmente la deuda con Financiamos S.A. —o de efectuar las reservas para tal fin—, y **(ii)** que la fiduciaria efectivamente realizó dichos desembolsos. Lo anterior, en la medida en que, como se explicó en el acápite 3.2 de las consideraciones de esta providencia, quien pretende la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal y su correspondiente condena debe acreditar, con suficiencia, la existencia del respectivo incumplimiento, como ocurre con cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad contractual.

En el expediente no existe prueba suficiente que demuestre que se hubiese incumplido con la prelación de pagos en favor de Financiamos S.A. Si bien en el plenario obra un dictamen pericial rendido por un contador, cuyo propósito, entre otros, era dar cuenta del «valor de los desembolsos realizados por la fiduciaria directamente a los fideicomitentes», lo cierto es que a dicho medio de prueba no es posible darle mérito probatorio, por las razones que pasan a exponerse.

La finalidad del dictamen, que fue rendido por el perito contador Marco Tulio Astudillo Rodríguez el 2 de marzo de 2016, consistió en obtener unos datos técnicos sobre los dineros que ingresaron al encargo fiduciario, así como cuáles fueron los pagos realizados por parte de la fiduciaria; lo anterior a partir de documentos contractuales que las entidades accionadas tenían en su poder, tal como fue explicado en el hecho probado 3.1.11. Con el dictamen, el perito allegó los siguientes documentos²¹¹, que incluyeron: **(i)** comunicaciones emitidas por Fiduprevisora S.A., que dan cuenta de la apertura de dos cuentas bancarias para la recepción de los recursos fideicomitados (anexo 1); **(ii)** cartas remitidas por Fiduprevisora S.A. a las compañías aseguradoras, solicitando consignar los recursos objeto del contrato en la cuenta de ahorros del fideicomiso (anexo 2); **(iii)** el informe de rendición de cuentas semestral correspondiente al período abril – septiembre de 2015, emitido por Fiduprevisora S.A., en el marco del contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 7889 — identificación que, valga precisar, no coincide con la del contrato de encargo fiduciario objeto de la presente controversia— (anexo 3).

²¹⁰ Hecho probado 3.1.5.

²¹¹ Folios 984 a 1005 del cuaderno 1B.



En su dictamen, el perito expresó que lo había elaborado a partir de los documentos correspondientes al encargo fiduciario No. 3-1-0020 que hacían parte de la contabilidad de Fiduprevisora S.A., sociedad que había remitido copia de estos. Afirmó que, a partir de los referidos documentos, había examinado detalladamente las operaciones contables como medio para dar respuesta a las preguntas que le fueron formuladas —entre ellas, la consistente en cuál fue el valor de los desembolsos realizados por la fiduciaria directamente a los fideicomitentes—. No obstante, advierte la Sala que, si bien el señor Astudillo allegó algunos documentos como anexos de su dictamen, lo cierto es que no relacionó un listado de los documentos revisados para elaborar la prueba pericial, así como tampoco adjuntó sus respectivas copias. En consecuencia, varias de las cifras expresadas en el dictamen pericial, relativas a las operaciones contables del fideicomiso, no se encuentran respaldadas en otros documentos o medios de prueba.

Lo anterior se observa, por ejemplo, en lo que atañe a los pagos realizados con cargo a los recursos del fideicomiso, asunto que cobra relevancia en la medida en que los demandantes reclamaron que los fideicomitentes y la sociedad fiduciaria incumplieron la prelación de pagos establecida en los certificados de fuente de pago, lo cual implicaría que Fiduprevisora S.A. habría efectuado transferencias a los fideicomitentes antes que a Financiamos S.A., la cual tenía un derecho de preferencia. En este sentido, resulta pertinente señalar que en el punto 2 del acápite 3²¹² del dictamen pericial se incluyó un cuadro denominado «*TOTAL PAGOS EFECTUADOS*», con el fin de «*establecer la totalidad de pagos mes a mes con cargo al Encargo Fiduciario, desde el 1 de diciembre de 2005 hasta el 31 de julio de 2007 o cualquier fecha posterior a esta última*». En dicho cuadro, el perito determinó que la suma total de pagos realizados desde el fideicomiso ascendía a \$1.190'375.854, precisando quién fue el beneficiario de cada transacción. Así, según el cuadro, algunos de estos pagos se realizaron a los fideicomitentes, es decir, al Hospital Tomás Uribe Uribe y a Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.

Sin embargo, la Sala observa que los datos contenidos en el cuadro «*TOTAL PAGOS EFECTUADOS*», relativos a las transacciones realizadas desde las cuentas del fideicomiso, no encuentran soporte en los documentos allegados como anexos del dictamen pericial, como tampoco en otros medios de prueba obrantes en el expediente, situación que impide a la Sala otorgarles valor probatorio en la solución del presente asunto. De hecho, como lo ha indicado esta Subsección, «*[l]as conclusiones del dictamen deben tener justificación no solo en la opinión del experto, sino en soportes que ofrezcan respaldo a su labor. Estos soportes brindan firmeza al dictamen y el perito puede acudir a exámenes o investigaciones que le permitan elaborar un concepto preciso y detallado*» (se destaca)²¹³.

²¹² Folio 981 del cuaderno 1B.

²¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de octubre de 2024, exp. 57937.



En la misma línea, en el dictamen se incluyeron dos columnas en el cuadro «TOTAL PAGOS EFECTUADOS», denominadas «Autorización» y «Observaciones», por medio de las cuales buscó precisar qué autorizaciones debían mediar para cada uno de los pagos, así como quién había otorgado cada una de ellas. En este sentido, indicó que, en los pagos realizados a los fideicomitentes, Financiamos S.A. había dado su autorización²¹⁴. Al respecto, el apoderado de la parte demandante presentó memorial el 3 de noviembre de 2016, solicitando la aclaración y complementación de la prueba pericial²¹⁵, entre otros aspectos, en lo que atañe a estas autorizaciones, como se observa a continuación (transcripción literal, incluso con posibles errores):

«Es necesario aclarar en el cuadro de TOTAL DE PAGOS EFECTUADOS, el significado de la columna denominada 'observaciones'. En efecto, de la lectura del contenido de las dos columnas no es claro el significado de dicha denominación, por cuanto en la mayoría de las celdas aparecen afirmaciones como autorizaciones dadas por alguien, y en la columna siguiente se afirma que no aplica autorización alguna.

En otros términos, se debe totalizar los valores pagados y/o reembolsados a los beneficiarios o destinatarios de los mismos, y precisar si los pagos realizados fueron precedidos por una instrucción particular en cada caso dirigida por el HOSPITAL TOMÁS URIBE URIBE o la sociedad GESTIÓN HOSPITALARIA DE COLOMBIA S.A. a la Fiduciaria.

Igualmente, se sirva allegar las comunicaciones que en su criterio hayan sido dirigidas a la sociedad FIDUCIARIA PREVISORA, en donde en forma expresa consten las autorizaciones a realizar los pagos con cargo a los recursos del fideicomiso» (se destaca).

El 10 de noviembre de 2017, el perito presentó la complementación del dictamen pericial²¹⁶, donde presentó nuevamente el cuadro. Explicó que la primera columna reflejaba «las autorizaciones requeridas», mientras que en la segunda figuraba «el cumplimiento de las autorizaciones requeridas». En ese sentido, en la columna «observaciones», se observa que en aquellas celdas donde —en el primer dictamen— había indicado «no aplica autorización», las reemplazó por «sin autorización». Sin embargo, a pesar de la solicitud de la parte demandante, el perito no allegó —con la complementación del dictamen— copia de las comunicaciones mediante las cuales se habría dado autorización a Fiduprevisor S.A. para efectuar pagos con cargo a los recursos del encargo fiduciario.

Del mismo modo, en la segunda complementación del dictamen, de fecha 31 de mayo de 2018²¹⁷, rendida en esta ocasión por solicitud de Fiduprevisor S.A., el perito contador reiteró que Financiamos S.A. había otorgado autorización para pagos que sumaban un total de \$628'124.307; no obstante, nuevamente, el perito

²¹⁴ Ver, por ejemplo, pago del 17 de febrero de 2006 a favor del Hospital Tomás Uribe Uribe y pagos del 8 de marzo de 2006, a favor de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. (folio 981 del cuaderno 1B).

²¹⁵ Folios 1.010 a 1.012 del cuaderno 1B.

²¹⁶ Hecho probado 3.1.11.

²¹⁷ Hecho probado 3.1.11.



no indicó los documentos contables de los cuáles tomó esta información, ni tampoco aportó los respectivos soportes.

Sobre el particular, ha de advertirse que la información expuesta por el perito llama particularmente la atención, ya que la Sala no evidencia, en el resto del proceso, que se haya acreditado —ni siquiera afirmado— que los pagos de la sociedad Fiduprevisora S.A. en ejecución del encargo fiduciario No. 3-1-0020 requirieran de la autorización de Financiamos S.A. Además, tampoco obra en el plenario, ni en los anexos del dictamen, documentos que acrediten la existencia de tales autorizaciones por parte de Financiamos S.A. Como ya se explicó, para que el juez pueda tomar en cuenta las conclusiones y datos reflejados en la prueba pericial, no sólo se requiere que un experto haya expuesto su opinión, sino que también debe haber aportado *«soportes que ofrezcan respaldo a su labor»*²¹⁸.

Por lo anterior, la Sala no otorgará valor probatorio al dictamen pericial rendido por el señor Marco Tulio Astudillo Rodríguez ni a sus respectivas complementaciones.

Finalmente, también en relación con la alegada vulneración de la prelación de pagos por parte de los fideicomitentes y Fiduprevisora S.A., se pone de presente que, en la práctica del interrogatorio de parte de Claudia Rosa Forero Ramírez, en calidad de representante legal de Financiamos S.A.²¹⁹, tal señora Forero expresó que *«la fiduciaria entregó irresponsablemente y de manera directa al TOMÁS URIBE o GEHOS valores superiores a 300 millones de pesos que eran propiedad de los inversionistas»*²²⁰. Dicha afirmación, sin embargo, no puede ser tenida como confesión —que es el propósito de un interrogatorio de parte—, ya que únicamente Fiduprevisora S.A. y los fideicomitentes tendrían la vocación de reconocer que dichas operaciones tuvieron lugar. Adicionalmente, lo manifestado por la señora Forero Ramírez no cuenta con soporte en las demás pruebas que obran en el plenario, de tal forma que la Sala no puede comprobar su exactitud y veracidad.

Por todo lo expuesto, las pretensiones de los demandantes tendientes a que se declare el incumplimiento de Fiduprevisora S.A. y/o de los fideicomitentes por haber desconocido la prelación de pagos señalada en los certificados fiduciarios, serán negadas por la Sala, ya que no se encuentran suficientemente acreditadas.

3.3.1.4. Por último, frente a la posición de los demandantes en el sentido de que los fideicomitentes debían cubrir con recursos propios las obligaciones pendientes de pago con cargo al encargo fiduciario, y que Fiduprevisora S.A. debía exigirlo —plasmada en las pretensiones séptima y décima segunda de la demanda, como se observa en el punto 1.1.1 de los antecedentes—, la Sala de Subsección advierte que la sola lectura de los certificados de fuente de pago emitidos por la fiduciaria²²¹,

²¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de octubre de 2024, exp. 57937.

²¹⁹ Hecho probado 3.1.9.

²²⁰ Folios 3 a 5 del cuaderno 3.

²²¹ Hecho probado 3.1.5.



en línea con las instrucciones que dieron los fideicomitentes para que estos fueran expedidos²²², permiten apreciar que los recursos que se debían transferir a Financiamos S.A. eran aquellos recaudados por el fideicomiso, que servía como fuente de pago, y no los recursos propios de los fideicomitentes.

Se añade que, si bien en los certificados fiduciarios se plasmó que la obtención y pago de los créditos sería de entera responsabilidad de los fideicomitentes²²³, lo cierto es que ello debe entenderse circunscrito a los recursos del fideicomiso; en manera alguna, los plasmado en tales certificados puede traducirse en el hecho de que, ante la insuficiencia de recursos del encargo fiduciario, los fideicomitentes tenían la obligación de cubrir tales créditos con su propio patrimonio, en la medida en que en el expediente no obra prueba a partir de la cual pueda inferirse de que los fideicomitentes —Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y/o el Hospital Tomás Uribe Uribe— se hubiesen comprometido a responder con sus propios recursos.

Del mismo modo, también en la pretensión séptima, alegaron que Fiduprevisora S.A. debió informar a los fideicomitentes y a los beneficiarios de fuente de pago *«que los recursos recibidos en la cuenta del fideicomiso y sus rendimientos no eran suficientes para atender las obligaciones caucionadas con los certificados»*. Al respecto, basta decir que en el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020, cuya copia obra en el expediente²²⁴, las obligaciones de la sociedad fiduciaria, según la cláusula cuarta del contrato²²⁵, consistían, a grandes rasgos, en recibir los recursos objeto del encargo fiduciario y administrarlos, de conformidad con las estipulaciones contractuales, lo que incluía efectuar los pagos a terceros y a los propios fideicomitentes, según las instrucciones de estos últimos. En la misma línea, en virtud de los certificados de fuente de pago, la fiduciaria debía realizar desembolsos por las sumas allí descritas, una vez mediara la instrucción del ordenador del gasto. Así las cosas, se concluye que el conjunto de prestaciones que debía cumplir la fiduciaria se circunscribía a los recursos que ingresaban a la cuenta del fideicomiso, sin que en ninguna de las estipulaciones se hubiera comprometido a hacer seguimiento, verificar o informar a los fideicomitentes y/o a los beneficiarios de fuente de pago sobre la existencia y/o disponibilidad de recursos para pagar las sumas indicadas en los certificados.

Por consiguiente, estas pretensiones también serán negadas por la Sala.

3.3.2. La refacturación a nombre del Hospital Tomás Uribe Uribe y sus implicaciones frente a la ejecución del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020

3.3.2.1. En la demanda, los accionantes pusieron de presente que, en la ejecución de los contratos de asociación y cuentas en participación, la compañía de seguros

²²² Hecho probado 3.1.4.

²²³ Hecho probado 3.1.5.

²²⁴ Hecho probado 3.1.2.

²²⁵ Hecho probado 3.1.2.4.



La Previsora S.A. no aceptó que la facturación por servicios médicos prestados a los pacientes víctimas de accidentes de tránsito se emitiera a nombre de terceros, como lo era Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., pues argumentó que, de conformidad con los Decretos 1032 de 1991 y 663 de 1993, las facturas debían ser presentadas a nombre del prestador, que en este caso era el Hospital Tomás Uribe Uribe²²⁶. Indicaron que, a raíz de esta situación, las partes decidieron efectuar una modificación al contrato de asociación y cuentas en participación No. 027 de 2006, en virtud de la cual, en adelante, solamente el Hospital podría emitir las facturas ante la aseguradora La Previsora S.A., situación que, según se indicaron, no fue comunicada a los beneficiarios de los certificados fiduciarios²²⁷.

Pues bien, a partir de esta situación, los demandantes afirmaron que el Hospital Tomás Uribe Uribe empezó a recaudar directamente las facturas emitidas a su nombre²²⁸, sin que los recursos ingresaran a la cuenta del encargo fiduciario, razón por la cual Financiamos S.A. remitió comunicaciones al propio Hospital, pidiendo que los dineros provenientes de la refacturación ingresaran al encargo fiduciario, así como a Fiduprevisora S.A., poniéndola al tanto de la situación y solicitándole que velara porque los recursos se transfieran al fideicomiso²²⁹. Los demandantes adujeron, en varias ocasiones, que no obtuvieron respuesta por parte del Hospital.

En este sentido, como se observa en el acápite 1.1.1 de los antecedentes de esta providencia, las pretensiones tercera y octava de las pretensiones principales están encaminadas a que se declare que Fiduprevisora S.A. incumplió el contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020 por haber permitido que la administración y recaudo de gran parte de los bienes que eran objeto del encargo las hubieran realizado directamente los fideicomitentes, deteriorando la solvencia y capacidad de pago del encargo. En el mismo sentido, las pretensiones décima y décimo primera de las súplicas principales buscan que se declare el incumplimiento del Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., en calidad de fideicomitentes, por haber realizado directamente la administración y recaudo de gran parte de los bienes que eran objeto del contrato, sin transferirlos al encargo fiduciario.

Ahora bien, en lo que respecta a Fiduprevisora S.A. —entidad fiduciaria demandada—, la Sala debe aclarar y precisar que, en virtud del contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020, cuya copia obra en el expediente²³⁰, sus obligaciones, según la cláusula cuarta del contrato²³¹, consistían, a grandes rasgos, en recibir los recursos objeto del encargo fiduciario, que se consignarían en una cuenta determinada, y administrarlos de conformidad con las estipulaciones contractuales. En este sentido, la fiduciaria debía invertirlos transitoriamente en los fondos que administraba y efectuar, con las sumas que se

²²⁶ Ver hecho No. 53 de la demanda.

²²⁷ Ver hecho No. 54 de la demanda.

²²⁸ Ver hecho No. 55 de la demanda.

²²⁹ Ver hechos No. 56 y 57 de la demanda.

²³⁰ Hecho probado 3.1.2.

²³¹ Hecho probado 3.1.2.4.



recibieran en virtud del contrato, *«los pagos a terceros por los servicios prestados, así como el pago de las utilidades generadas por cada una de las partes, de acuerdo con las instrucciones emitidas por LOS FIDEICOMITENTES»*.

Además, Fiduprevisora S.A. debía presentar a los fideicomitentes una rendición de cuentas semestral, así como un informe mensual del desarrollo del encargo fiduciario, incluyendo la información financiera y contable del mismo. Finalmente, debía a entregar a los fideicomitentes, a la finalización del contrato, toda suma de dinero por concepto de capital, intereses y rendimientos correspondientes a los recursos que quedaran al momento de su terminación, luego de que hubieran sido *«canceladas todas las obligaciones con cargo a los recursos del fideicomiso»*.

De este modo, una revisión detenida de las obligaciones a cargo de Fiduprevisora S.A., en el marco del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0020, permite determinar que estas consistían en labores de administración de los recursos que ingresaban efectivamente al fideicomiso, provenientes de los pagos de las facturas emitidas por los fideicomitentes a las aseguradoras y el FOSYGA. Con estos recursos, la sociedad fiduciaria debía realizar pagos a terceros y a los propios fideicomitentes, según las instrucciones que para el efecto emitieran estos últimos. Así las cosas, se insiste en que el conjunto de prestaciones que debía realizar la fiduciaria se circunscribía a los recursos que ingresaban a la cuenta del fideicomiso, sin que en ninguna de las estipulaciones se haya comprometido a vigilar o a supervisar las actividades de los fideicomitentes por fuera del encargo fiduciario.

Por tanto, la tesis de los demandantes, según la cual Fiduprevisora S.A. incumplió el contrato de encargo fiduciario por haber permitido *«que la administración y recaudo de gran parte de los bienes (cartera) que eran objeto del encargo, los realizaran directamente los fideicomitentes»*, no está llamada a prosperar.

3.3.2.2. Descartada la responsabilidad de la fiduciaria en este punto, se procede a revisar los cargos formulados por los demandantes en contra de los fideicomitentes, en relación con la refacturación que se llevó a cabo a nombre del Hospital.

Como se explicó atrás, los demandantes alegaron que los fideicomitentes — Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.— realizaron directamente la administración y recaudo de gran parte de los bienes que eran objeto del contrato, sin transferirlos al encargo fiduciario.

Es pertinente señalar que la obligación de administrar los recursos derivados de la ejecución de los negocios principales, es decir, de los contratos de asociación y cuentas en participación, a través de un negocio fiduciario, tiene origen en el contrato de asociación y cuentas en participación No. 030 del 6 de agosto de 2004²³². En el numeral 3 de la cláusula sexta, este estableció la obligación conjunta —para Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital Tomás Uribe Uribe— de celebrar un negocio fiduciario con Fiduprevisora S.A., a través del cual se

²³² Hecho probado 3.1.1.4.



administrarían los recursos derivados de la ejecución contractual, y se pactó, a su vez, la obligación de realizar el trámite correspondiente ante las compañías aseguradoras, **para establecer que los pagos por las cuentas de cobro relativas a los servicios prestados se remitieran a Fiduprevisora S.A.**

Está acreditado que, el 10 de septiembre de 2004, el Hospital y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. suscribieron con Fiduprevisora S.A. el contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020. En el párrafo de su cláusula primera, las partes expresaron que el contrato de asociación y cuentas en participación No. 030 del 6 de agosto de 2004 y su otrosí hacían parte integral del contrato de encargo fiduciario. En este orden, la Sala encuentra que resultaba exigible para Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y el Hospital, en el marco del contrato de encargo fiduciario, que los recursos provenientes del pago de las facturas emitidas por los fideicomitentes se consignaran directamente al fideicomiso; en la cláusula segunda del negocio jurídico, se indicó que los recursos que hacían parte del encargo fiduciario eran aquellos *«correspondientes a los dineros provenientes del pago de las facturas emitidas por LOS FIDEICOMITENTES a las empresas aseguradoras y el FOSYGA»*²³³. En el mismo sentido, en cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario, la primera de las obligaciones de los fideicomitentes allí expresadas se refiere a *«entregar y/o ordenar la entrega a LA FIDUCIARIA de los recursos indicados en la Cláusula Segunda de este contrato, para lo cual deberá impartir instrucción irrevocable a las compañías seguros para que consignen directamente a la cuenta del FIDEICOMISO los recursos provenientes de los pagos de las facturas emitidas por los LOS FIDEICOMITENTES en cumplimiento de las respectivas pólizas de accidentes de tránsito y eventos catastróficos, para que los recursos ingresen directamente a la cuenta del encargo fiduciario»*.

Así las cosas, para esta Subsección es claro que los fideicomitentes sí tenían la obligación de que los recursos recaudados por la refacturación a nombre del Hospital Tomás Uribe Uribe ingresaran al fideicomiso, ya fuera porque los transfirieran directamente a la cuenta del encargo fiduciario, una vez recibidos por parte de las aseguradoras, o porque les ordenaran a estas últimas transferirlos directamente allí. De ahí, entonces, de acuerdo con los hechos probados, se examinará si los fideicomitentes incumplieron o no dicha obligación.

En el expediente obra *«Acta para reformar el contrato de asociación número 030 de 2004, 015 de 2005 y 027 de 2006 [...]»*²³⁴ —que no se encuentra firmada²³⁵—, la cual da cuenta de una reunión sostenida entre ambas partes el 27 de febrero de 2007 para tomar medidas, ya que la compañía La Previsora S.A. no aceptaba que *«la facturación por concepto de servicios médicos prestados a pacientes víctimas de accidentes de tránsito»* se presentara a nombre de terceros —en este caso,

²³³ Hecho probado 3.1.2.2.

²³⁴ Hecho probado 3.1.7.1.

²³⁵ A pesar de no encontrarse firmada, se tendrá el acta como válida para los efectos probatorios correspondientes, según se explicó el hecho probado 3.1.7.1.



Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.—, pues sostenía que, de conformidad con los Decretos 1032 de 1991 y 663 de 1993, las facturas debían ser presentadas a nombre del prestador, que en este caso era el Hospital Tomás Uribe Uribe. Por consiguiente, la aseguradora manifestó que esperaba la facturación a nombre del Hospital, para efectuar la auditoría médica y realizar los respectivos pagos.

En este sentido, las partes de los contratos de asociación y cuentas en participación, en el acta mencionada, acordaron, entre otras cosas, que para el caso específico de la aseguradora La Previsora S.A., el proceso de elaboración y presentación de las facturas, así como su respectivo cobro, quedaría en cabeza del Hospital Tomás Uribe Uribe, lo cual constituiría una excepción a lo consignado en las cláusulas de los contratos, que asignaban esta labor a Gestión Hospitalaria S.A. De este modo, el Hospital se comprometió a reorganizar la facturación desde agosto de 2004 y a presentarla a La Previsora S.A., para que esta le diera el respectivo trámite de pago.

En el expediente reposa una comunicación de fecha 8 de mayo de 2007²³⁶, remitida a Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., mediante la cual hizo entrega de 90 envíos de refacturación, que contenían 2027 facturas en cabeza del Hospital Tomás Uribe Uribe y dirigidos a la compañía de seguros La Previsora S.A., por un total de \$403'326.085, acompañado de un anexo con el reporte estadístico de facturación correspondiente al período comprendido entre el «05/01/2005» y el «05/08/2007».

A partir de allí, se evidencian varias comunicaciones remitidas por Financiamos S.A. al Hospital Tomás Uribe Uribe, de fechas 21 de junio, 17 de julio y 3 de diciembre de 2007²³⁷, entre otras, exigiéndole que los recursos recaudados a partir de la refacturación a nombre del Hospital ingresaran al fideicomiso. Así mismo, obra en el expediente correspondencia cruzada entre Financiamos S.A. y la Fiduprevisora S.A., en virtud de que la primera solicitaba a la segunda velar porque los recursos provenientes de la refacturación ingresaran al encargo fiduciario²³⁸.

Bajo ese contexto, la Sala advierte que, si bien se encuentra acreditado que en efecto hubo una refacturación, en tanto se emitieron nuevas facturas a nombre del Hospital, lo cierto es que en el expediente no se encuentra demostrado que las aseguradoras —entre ellas, La Previsora S.A.— hubiesen pagado tales facturas directamente al ente hospitalario, ni tampoco aparece probado que el Hospital, luego de haber recibido los supuestos pagos provenientes de esas facturas, no hubiese girado dichos recursos a la cuenta del fideicomiso.

En ese sentido, la Subsección concluye que no es posible predicar un incumplimiento de los fideicomitentes por el hecho de que los recursos provenientes de la refacturación no se dirigieron directamente al fideicomiso, pues ni siquiera en

²³⁶ Hecho probado 3.1.7.1.

²³⁷ Hecho probado 3.1.7.2.

²³⁸ Hecho probado 3.1.7.3.



el expediente, como ya quedó visto, se acreditó que esas nuevas facturas hayan sido pagadas.

3.3.2.3. Así las cosas, la Sala negará las pretensiones principales de la demanda, tendientes a la declaratoria de incumplimiento del contrato de encargo fiduciario de recepción, administración, inversión y pagos No. 3-1-0020, junto con las pretensiones de condena sobre el particular —daño emergente y lucro cesante—, además de la *«primera serie de pretensiones subsidiarias»*.

En este orden de ideas, la Subsección estudiará la *«segunda serie de pretensiones subsidiarias»*, relacionadas con el incumplimiento de los contratos de mutuo celebrados por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y por los particulares prestamistas que fungen como demandantes en el presente asunto.

3.4. El examen del incumplimiento alegado en relación con los contratos de mutuo celebrados por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y la responsabilidad solidaria del Hospital Tomás Uribe Uribe

3.4.1. De manera subsidiaria a las pretensiones declarativas principales, que en el escrito de demanda se denominaron *«segunda serie de pretensiones subsidiarias»*, los demandantes solicitaron que se declarara la existencia y validez de los contratos de asociación y cuentas en participación No. 030 de 2004, 015 de 2005 y 027 de 2006, así como sus respectivos otrosíes, suscritos entre el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., y que se declarara la existencia y validez de los contratos de mutuo mercantil, celebrados entre Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y las personas naturales y jurídicas que otorgaron créditos a esta sociedad.

Pidieron, igualmente, que se declarara que, durante la ejecución de estos contratos, el Hospital Tomás Uribe Uribe *«reveló y autorizó que se conociera su calidad de partícipe inactivo, razón por la cual, en los términos del artículo 511 del Código de Comercio, debe responder solidariamente»* con Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. por las obligaciones adquiridas con sus prestamistas, ya que ambas sociedades solicitaron expresamente a Fiduprevisora S.A. la expedición de los dos certificados fiduciarios de fuente de pago a favor de Financiamos S.A. Seguidamente, solicitaron que se declarara que el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. son obligados solidarios de las operaciones de crédito celebradas con los particulares prestamistas y que *«incumplieron en la devolución de los dineros entregados a título de mutuo mercantil»*.

3.4.2. En lo que respecta a los contratos de asociación y cuentas en participación No. 030 del 6 de agosto de 2004 —y su otrosí del 24 de agosto de 2004—, 015 del 3 de enero de 2005 —y su otrosí del 31 de enero de 2005— y 027 del 2 de enero de 2006 —y su otrosí del 28 de noviembre de 2006—, suscritos entre el Hospital Tomás Uribe Uribe y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., reposan las copias de estos en el expediente, tal como fue descrito en el hecho probado No. **3.1.1**, razón



por la cual la Sala encuentra acreditada su existencia.

3.4.3. En lo que concierne a los contratos de mutuo, tal como lo explicó la Sala en el acápite **2.1** de las consideraciones de la presente sentencia, resulta ser que, a pesar de tener estos negocios jurídicos una naturaleza privada, esta jurisdicción debe conocer íntegramente de la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*», incluyendo las relativas a la existencia e incumplimiento de los mutuos, por aplicación del fuero de atracción, ya que una eventual declaratoria de responsabilidad por este asunto podría comprometer aquella del Hospital Tomás Uribe Uribe, —que, como se explicó anteriormente, es una Empresa Social del Estado, categoría especial de entidad pública descentralizada²³⁹—.

Precisado lo anterior, ha de reiterarse que la Sala de Subsección encontró demostrado²⁴⁰ que un total de 23 particulares —personas naturales y jurídicas— otorgaron créditos a corto plazo a favor de la sociedad Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y de su representante legal, la señora Claudia Jimena Cárdenas Soto, actuando a nombre propio. En efecto, el cuaderno No. 1 del expediente contiene múltiples documentos que dan cuenta de la solicitud de dichos créditos efectuada por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y por la señora Cárdenas Soto frente a diferentes particulares prestamistas, así como de peticiones de aquellas para prorrogarlos. Igualmente, obran en el cuaderno N. 1 sendos títulos valores —cheques y pagarés— emitidos por Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y su representante legal, a nombre de los particulares prestamistas, con valores que se asemejan a aquellos indicados en las solicitudes de los créditos a corto plazo.

En este punto de la providencia, cabe anotar que el mutuo es un contrato *real*, lo cual significa que se perfecciona mediante la entrega de la cosa prestada²⁴¹. Lo anterior, en consideración a que el artículo 2222 del Código Civil establece: «*No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio*». Así las cosas, si bien en el expediente no existen copias de contratos escritos de mutuo, lo cierto es que, hay que decirlo, estos negocios jurídicos, para su perfeccionamiento, no requieren de dicha solemnidad, sino de la entrega y tradición de los bienes, que en este caso consistieron en sumas de dinero.

En esta medida, de cara a resolver la segunda pretensión de la «*segunda serie de pretensiones subsidiarias*», relativa a la existencia de los contratos de mutuo, resulta necesario determinar si, en efecto, los prestamistas efectivamente transfirieron las respectivas sumas de dinero a Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.

La Sala observa que el cuaderno No. 1 del expediente contiene elementos probatorios que dan cuenta de que los créditos efectivamente se efectuaron, es decir, que las sumas de dinero se entregaron a Gestión Hospitalaria de Colombia

²³⁹ De conformidad con el artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

²⁴⁰ Hecho probado 3.1.3.

²⁴¹ Bonivento Fernández, José Alejandro. «*Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*». Primera edición. Editorial: Tirant lo Blanch. 2024. Página 868.



S.A.²⁴² Así, por ejemplo, en las instrucciones del pagaré a la orden No. 3475-06, emitido a nombre de la señora Alba Esperanza Perdomo Toro, se lee lo siguiente:

*«Causa ALBA ESPERANZA PERDOMO TORO podrá llenar y utilizar dicho Pagaré cuando a su juicio fuere necesario efectuar el cobro de las obligaciones derivadas de la utilización de **el(los) crédito(s) de corto plazo que me ha otorgado ALBA ESPERANZA PERDOMO TORO** [...]»* (se resalta).

El mismo texto, como quedó visto en los hechos probados, se repite en las instrucciones de los pagarés emitidos a nombre de otros prestamistas, tales como el señor Edgar Zapata León. Por consiguiente, la Sala cuenta con evidencia suficiente para concluir que los contratos de mutuo se perfeccionaron.

3.4.4. Ahora bien, como se señaló anteriormente, la parte demandante tiene la carga de probar el incumplimiento contractual, siempre que pretenda su declaratoria. En ese orden de ideas, para que la Sala pueda acceder a la pretensión de incumplimiento *«en la devolución de los dineros entregados a título de mutuo mercantil»*, como lo solicitó la parte demandante, resulta necesario conocer las condiciones en las que se pactaron las obligaciones del contrato, especialmente aquella en cabeza del mutuario, Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., de devolver o restituir *«cosas del mismo género y calidad»*, en los términos del artículo 2221 del Código Civil, que en este caso consistiría en una suma de dinero.

Sobre las condiciones en que debe cumplirse esta obligación, la doctrina especializada²⁴³ ha señalado que, si bien es cierto que el artículo 2224 del Código Civil establece que, cuando el préstamo es en dinero, *«sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato»*, las partes del mutuo pueden válidamente pactar un reajuste del monto de la suma prestada de acuerdo con el poder real de compra de la moneda. Además, acerca del momento de la devolución, ha expresado que *«[l]a restitución debe hacerse en el término fijado por las partes»*, o, a falta de estipulación expresa, no podrá exigirse antes de los 10 días subsiguientes a la entrega, según lo establece el artículo 2225 del Código Civil.

En lo que respecta al lugar, *«[l]a restitución debe hacerse en el lugar que convengan las partes»*, y, a falta de estipulación expresa, la devolución se debe realizar en el domicilio del deudor, siguiendo los principios generales que rigen los contratos. Por otra parte, si bien el mutuo civil es, en principio, gratuito, las partes pueden pactar intereses; en cambio, el mutuo comercial se presume oneroso, pues *«implica para el mutuario la obligación de pagar interés que, a falta de estipulación, será el legal comercial, esto es, el bancario corriente»*. En todo caso, la aplicación del interés legal comercial previsto en el artículo 1163²⁴⁴ del Código de Comercio requiere

²⁴² Hecho probado 3.1.3.3.

²⁴³ Bonivento Fernández, José Alejandro. *«Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales»*. Primera edición. Editorial: Tirant lo Blanch. 2024. Páginas 867-875.

²⁴⁴ Al respecto, el artículo 1163 del Código de Comercio establece: *«Salvo pacto expreso en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo. [...]»*.



certeza sobre la ausencia de pacto entre las partes sobre el monto de los intereses.

Se precisa que, si bien la Sala no desconoce que el Código Civil (art. 2225) y el Código Comercio (art. 1163) traen unas disposiciones supletorias, lo cierto es que estas resultan aplicables solamente ante la ausencia de pacto expreso, y la realidad que campea en este caso particular es la incertidumbre frente a los mismos términos en que las partes acordaron sus obligaciones contractuales en los mutuos, es decir, que en el *sub judice*, al no tenerse tales contratos por escrito y al no conocer con certeza las condiciones pactadas en tales negocios jurídicos —aspecto que necesariamente debía probar la parte demandante—, difícilmente puede darse aplicación a las normas supletorias, precisamente ante la falta de certeza sobre la ausencia de pacto en relación con la devolución del dinero entregado. A lo anterior se suma que en la demanda²⁴⁵ ni siquiera se realizó un relato claro sobre lo pactado por las partes en relación con la devolución de los dineros objeto de los mutuos.

A la luz de lo anterior, resulta claro para la Sala de Subsección que las partes de un contrato de mutuo pueden acordar condiciones frente a distintos aspectos del negocio jurídico y, especialmente, frente a la obligación de devolución del dinero en cabeza del mutuuario. No obstante, en el asunto *sub examine*, no fueron allegados al proceso documentos u otros medios de prueba que permitan dilucidar con certeza los términos en los que las partes acordaron la ejecución de las obligaciones derivadas de estos negocios jurídicos, situación que pone de presente, valga advertirlo, la insatisfacción de la carga probatoria frente a este asunto particular.

En esta línea, ha de precisarse que no se conoce si los contratos de mutuo constaron por escrito, puesto que no obran en el expediente copia de los mismos, así como tampoco existen otros elementos probatorios que le permitan a esta Sala de Subsección conocer aspectos tales como el momento en que Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. debía devolver el dinero, si se pactó o no un reajuste del monto de la suma prestada o si se pactaron intereses y, en dado caso, por qué valor, entre otros. En este sentido, los títulos valores —cheques y pagarés— que fueron aportados por los demandantes, así como los certificados de fuente de pago emitidos por Fiduprevisora S.A., no resultan suficientes para determinar las condiciones en que se acordaron las devoluciones de dinero a los prestamistas.

Incluso, la Sala aprecia que en el proceso se practicaron los interrogatorios de parte de los señores Clara Inés Fernández y Miguel Ángel Arce, en su calidad de prestamistas demandantes²⁴⁶. En la audiencia, se le preguntó al señor Arce: «*podría especificar el nivel de detalle de la información suministrada por FINANCIAMOS para efectos de la operación de préstamo de dinero*», a lo que el prestamista respondió: «*Para todas las operaciones que hemos realizado que son más de 200 siempre se informa al cliente las garantías que ofrece, los plazos, las tasas de*

²⁴⁵ En el hecho 35 se relacionaron las operaciones de crédito entre los 23 prestamistas demandantes y Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.

²⁴⁶ Hecho probado 3.1.9.



*interés, y documentos probatorios de que la empresa tiene personería jurídica y todo lo necesario [...]*²⁴⁷. No obstante, el señor Arce no suministró información específica y concreta sobre los aspectos del negocio jurídico que mencionó en su respuesta. Así las cosas, es dable señalar que los interrogatorios de los señores Clara Inés Fernández y Miguel Ángel Arce no brindan a la Sala elementos suficientes ni relevantes para comprender las condiciones en las que Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. debía devolver las respectivas sumas de dinero.

Adicionalmente, en el proceso se practicó el interrogatorio de parte de la señora Claudia Rosa Forero Ramírez, representante legal de Financiamos S.A.²⁴⁸. En audiencia, se le solicitó a la señora Forero Ramírez: *«Explique al despacho cuáles eran las condiciones básicas de colocación de estos recursos entre el inversionista y GEHOS (Gestión Hospitalaria) específicamente en materia de plazo y tasa»*, a lo cual contestó: *«Había diferentes plazos y diferentes tasas de acuerdo a la periodicidad de pago de cada aseguradora, lo cual consta en cada uno de los comprobantes de operación que se adjuntan como prueba al expediente»*²⁴⁹. Sin embargo, entiende la Sala que los comprobantes a los que hace referencia la señora Forero Ramírez son los documentos que dan cuenta de la solicitud de los créditos y de sus prórrogas por parte de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., así como los títulos valores sobre los cuales se pronunció esta Subsección anteriormente, los cuales, como ya se indicó, no permiten identificar las condiciones en las que se pactó la devolución del dinero —ni tampoco si hubo ausencia de pacto sobre el particular— y, por consiguiente, no resultan suficientes para determinar el supuesto incumplimiento alegado de los contratos de mutuo.

En efecto, si bien las solicitudes de créditos y las peticiones de prórrogas por parte de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. dan cuenta de un monto y un plazo para su devolución, lo cierto es que en el expediente no obra prueba de que dichas condiciones se hubiesen aceptado por parte de los prestamistas, saltando a la vista la incertidumbre de si hubo o no ausencia de estipulación sobre cómo y cuándo debía restituirse el dinero dado en préstamo, así como sobre la existencia de un pacto de intereses, entre otros, circunstancia esta última que impide acudir a las normas supletivas referidas, cuya aplicación por parte del juez solamente resulta posible cuando haya convencimiento sobre la falta de estipulación en ese sentido.

Por todo lo expuesto, no resulta posible declarar el incumplimiento de los contratos de mutuo por parte de Gestión Hospitalaria de Colombia S.A. y, por tanto, tampoco procede pronunciarse sobre una eventual responsabilidad solidaria del Hospital Tomás Uribe Uribe con base en el artículo 511 del Código de Comercio.

En consecuencia, la Sala negará estas pretensiones.

²⁴⁷ Folios 6 a 7 del cuaderno 3.

²⁴⁸ Hecho probado 3.1.9.

²⁴⁹ Folios 3 a 5 del cuaderno 3.



4. Costas

De conformidad con lo previsto en el artículo 171²⁵⁰ del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, la imposición de costas procede únicamente cuando alguna de las partes hubiere actuado de manera temeraria; sin embargo, en el presente caso no se evidenció ese tipo de conducta, por lo que no hay lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 18 de febrero de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por activa de Financiamos S.A., por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR la totalidad de las pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada

CT3

²⁵⁰ «Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil».