

TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR”, SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER” Y FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD” EN CONTRA DE FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE

Radicado No. 2023 A 0037

LAUDO

Siendo las once de la mañana (11:00 a.m.) del treinta y uno (31) de mayo de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal de Arbitramento integrado por el árbitro CARLOS MANUEL OSSA ISAZA, y por el secretario MAURICIO ALEJANDRO ZULUAGA ESCOBAR, constituido en audiencia pública, profirió el siguiente Laudo Arbitral, que pone fin al proceso promovido por SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR”, SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER” Y FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD” en contra de FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE. La decisión se profiere en derecho.

CAPITULO I
TRÁMITE GENERAL Y SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. Convocatoria e integración del Tribunal.

SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR”, SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER” Y FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD” presentaron ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para que se dirimiera el conflicto que dijeron tener frente a FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, con invocación del pacto arbitral contenido en los contratos de cuentas en participación números 011 – 09 – 2017, 012 – 09 – 2017 y 014 – 01 – 2018, en la cláusula DÉCIMA TERCERA, cuyo tenor es el siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. CLÁUSULA COMPROMISORIA: Cualquier diferencia que surja entre LAS PARTES con ocasión o por razón de la celebración, ejecución, interpretación, terminación o liquidación del presente contrato, que no pueda ser dirimida entre ellas, se someterá al arreglo y decisión de un amigable componedor

VIGILADO

Ministerio de Justicia y del Derecho

que será designado de común acuerdo. Si en el término de un (1) mes no se logra esta designación, el asunto se someterá a la decisión de un Tribunal de arbitramento, cuyo fallo será en derecho y cuya organización interna, así como los costos y honorarios aplicables, estará sujeta a las reglas estipuladas para este propósito por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. El arbitramento se regirá por la Ley 1563 de 2012 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen.”

El Árbitro Único fue nombrado de común acuerdo por las partes el 28 de agosto de 2023, quien aceptó su cargo dentro del término y con cumplimiento de lo previsto en los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012.

2. Diligencias arbitrales.

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 21 de septiembre de 2023, oportunidad en la cual se designó el secretario quien posteriormente tomó posesión, y en esa misma sesión se dictó el Auto No. 2 con el que se admitió la demanda arbitral.

A la parte demandada se le notificó el citado auto admisorio en debida forma y en la misma fecha en que se profirió. La demanda se contestó de manera oportuna el 24 de octubre de 2023.

Mediante Auto No. 3 de 27 de octubre de 2023 se corrió traslado a la parte convocante, por un lado, de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda por la parte convocada, y por el otro lado, de la objeción al juramento estimatorio presentada por la parte convocada. Dicho traslado se recorrió por la parte convocante el día 3 de noviembre de 2023, realizando solicitud adicional de pruebas.

Se celebró la audiencia de conciliación el 16 de noviembre de 2023, y a ella asistieron las partes sin que llegaran a acuerdos sobre la controversia y, consecuentemente, allí se procedió a la fijación de gastos y honorarios del proceso mediante el Auto No. 04 de esa misma fecha.

Verificada la consignación de la totalidad de los gastos y honorarios, efectuada en su integridad por la parte convocante, el 17 de enero de 2024 se celebró la primera audiencia de trámite en la que se efectuó el control de legalidad consagrado en el artículo 132 del C.G.P.; y luego de ello se dictó el Auto No. 06 con el que el Tribunal

asumió competencia para juzgar el asunto sometido a su conocimiento. Frente a dicha decisión la convocada interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante auto No. 07 proferido en la misma sesión confirmando lo decidido. Posteriormente, mediante Auto No. 08, se decretaron todas las pruebas que fueron pedidas por la parte convocante y convocada.

La primera audiencia para la instrucción del proceso se llevó a cabo el 28 de febrero de 2024, dentro de la que se practicaron los interrogatorios de parte y la exhibición de documentos decretada, ordenándose mediante el auto No. 9 la incorporación de todo lo exhibido y la puesta en conocimiento de estos documentos a las partes.

La segunda audiencia para la instrucción del proceso se llevó a cabo el 05 de marzo de 2024, dentro de la que se recaudó el testimonio de Miguel Darío Gaviria González, María Adelaida Díaz Castro, Carlos Mario Posada Uribe, Natalia Hernández Ortiz y Luz Marina Jiménez Tobón y se aceptó el desistimiento de la práctica del testimonio de ÓSCAR ARMANDO PÉREZ GUERRA, solicitado por la parte convocada.

La tercera audiencia para la instrucción del proceso se llevó a cabo el 06 de marzo de 2024, dentro de la que se recaudó el testimonio de Carmenza Cuartas Guzmán, Alejandro Camargo Orozco, y se aceptó el desistimiento de la práctica del testimonio de ESTEBAN BUSTAMANTE ESTRADA, CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ OSSA, SANTIAGO CORREA POSADA, NICOLÁS ALFONSO SUÁREZ ARBOLEDA, JENITH MILEIDY MONTOYA, ANABEL TAMAYO TORRES, ADRIANA VELÁSQUEZ, JORGE ALBERTO GUZMÁN TATIS y JORGE PENAGOS, solicitado por la parte convocante. En la misma fecha, mediante Auto No. 10, se pusieron en conocimiento de las partes los documentos que fueron aportados por algunos testigos dentro de su declaración.

El día 12 de marzo de 2024, mediante Auto No. 11, por solicitud conjunta de las partes, se suspendió el proceso desde el 11 de marzo hasta el 21 de marzo de 2024, ambas fechas inclusive.

El 5 de abril de 2024, previo control de legalidad en los términos del artículo 132 del Código General del Proceso, mediante auto No. 12 se cerró la fase instructiva del proceso. Los medios de prueba decretados se practicaron con sujeción a la ley y respetando el derecho de contradicción y audiencia.

El 18 de abril de 2024 se realizó la audiencia de alegaciones, en la que intervinieron ambas partes y dejaron escritos con su intervención.

Vencidas las etapas procesales, está el Tribunal dentro del término para proferir su decisión válidamente, habida cuenta de que desde la finalización de la primera audiencia de trámite el 17 de enero de 2024 han transcurrido, incluyendo el día de hoy, ciento treinta y cuatro (134) días calendario del término de seis (6) meses de duración del proceso, sin tener en cuenta la suspensión que fue decretada por espacio de nueve días (09) hábiles, que se deben agregar, con ese mismo carácter de días hábiles, al término de duración del proceso.

3. La demanda.

3.1. Los Fundamentos fácticos de la demanda.

Los hechos en que la parte convocante fundó sus pretensiones, en resumen, son los siguientes:

Las convocantes son beneficiarios del Fidecomiso Clínica del Norte, en virtud del contrato de fiducia mercantil celebrado con la entidad fiduciaria ALIANZA FIDUCIARIA S.A., mediante escritura pública No. 2062 del 29 de marzo de 2007 de la Notaría 12 del Círculo de Medellín, modificado por el documento privado del 3 de mayo de 2011, en la siguiente proporción:

ENTIDAD	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN
SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA "ANESTESIAR"	1,52%
SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD "DARSER"	0,9%
FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD "FEDSALUD"	2,94%

De acuerdo con el contrato de fiducia mercantil, el patrimonio autónomo se encuentra conformado por: el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 01N-5272562; la edificación levantada sobre el mismo destinada a servicios de salud; los bienes que con destino al mismo PATRIMONIO aporten LOS BENEFICIARIOS; los bienes que adquiera el PATRIMONIO AUTÓNOMO a cualquier título; y los rendimientos obtenidos de unos y otros.

El 8 de septiembre de 2017, se suscribió el contrato de cuentas en participación Nro. 011-09-2017 entre el SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA "ANESTESIAR",

como "PARTÍCIPE INACTIVO" y la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, como "PARTÍCIPE GESTORA". En la fecha antes indicada, también se suscribió el contrato de cuentas en participación Nro. 012-09-2017 entre el SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD "DARSER", como "PARTÍCIPE INACTIVO" y la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, como "PARTÍCIPE GESTORA". Y el 1 de enero de 2018, se suscribió el contrato de cuentas en participación Nro. 012-09-2017 entre la FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD "FEDSALUD", como "PARTÍCIPE INACTIVO" y la FUNDACIÓN CLINICA DEL NORTE, como "PARTÍCIPE GESTORA".

Los antedichos contratos tenían el siguiente objeto:

"CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: Por medio del presente Contrato, LAS PARTES acuerdan la participación conjunta en EL MANEJO, EXPLOTACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y EXCLUSIVIDAD del edificio donde funciona actualmente la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE y el parqueadero anexo a dicha edificación. Para efectos de los anterior y de acuerdo con los establecido en el artículo 507 y subsiguientes del Código de Comercio, LA PARTÍCIPE GESTORA será la encargada y responsable de la administración, promoción y realización de las actividades tendientes al desarrollo del NEGOCIO CONJUNTO y LAS PARTES definirán conjuntamente la totalidad de las condiciones y circunstancias en las cuales realizará su labor LA PARTÍCIPE GESTORA."

Los aportes de las partes en el contrato se establecieron en los siguientes términos:

"CLÁUSULA CUARTA. APORTES AL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: LAS PARTES se comprometen en general, a aportar su capacidad para la óptima y cumplida gestión de la actividad que comparte el NEGOCIO CONJUNTO y a ejecutar conjuntamente las operaciones que sean necesarias para tal efecto. LA PARTÍCIPE INACTIVA al momento de la firma de este Contrato ha hecho entrega material a LA PARTÍCIPE GESTORA a título de aporte al presente contrato de Cuentas en Participación, la administración de los inmuebles a efectos de que lo destine exclusivamente a la realización de las Actividades que constituyen el NEGOCIO CONJUNTO, obligándose a la restitución inmediata del mismo a la terminación del Contrato. El inmueble objeto del

contrato corresponde a la edificación levantada en el lote situado en el barrio NIQUIÁ del Municipio de Bello (Antioquia), el cual tiene las siguientes especificaciones:

Área de lote que ocupa la edificación: 6.213 metros cuadrados

Área construida: 12.000 metros cuadrados

Pisos: dos sótanos y nueve pisos

Las comodidades y especificaciones técnicas se consagran en el ANEXO Nro. 1.

LA PARTÍCIPE GESTORA, aportará su gestión administrativa y manejo de personal y en general sus conocimientos en el ramo de la prestación de servicios médicos y hospitalarios a efectos de prestar al público los servicios de salud y servicios de parqueadero, para el personal que labora y público en general que laboran e ingresan en la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE.

PARÁGRAFO PRIMERO. El lote sobre el cual se levanta la edificación objeto de arrendamiento y comodato se identifica así:

LOTE No. 1ª, con un área de terreno de 6.213 metros cuadrados con los siguientes linderos particulares así: Por el norteen parte con el Colegio Fe y Alegría y en parte con la quebrada la Señorita, por el occidente con la avenida 38, por el sur con el lote No. 1B (De esta subdivisión) (Diagonal 59) por el medio oriente, con la quebrada la Señorita. Inmueble identificado con el folio de MATRÍCULA INMOBILIARIA No. 01N-5272562, sobre el cual se construyó LA CLÍNICA DEL NORTE. El lote fue adquirido por el FIDEICOMISO a título de compra efectuada al MUNICIPIO DE BELLO, según consta en la escritura Nro. 1007 del 30 de abril de 2007 de la Notaría 1º de Bello, aclarada la matrícula inmobiliaria por la Resolución de Catastro No. 668 del 31 de octubre de 2007 y la clínica fue construida con recursos del Fideicomiso.”

Se indica en la demanda que, en virtud de lo anterior, las convocantes hicieron entrega de la administración del porcentaje con el que cuentan dentro del patrimonio autónomo, conformado por el inmueble antes descrito, que fue avaluado comercialmente en la suma \$40.316.641.307.

VIGILADO

Ministerio de Justicia y del Derecho

Las utilidades del contrato quedaron convenidas así:

“CLÁUSULA SEXTA. UTILIDADES O PÉRDIDAS: La participación conjunta de LAS PARTES en la utilidad o pérdida que resulten del desarrollo del NEGOCIO CONJUNTO, será la siguiente:

a) PARTÍCIPE INACTIVA: Tendrá derecho a una participación mensual variable al 5.58% (cinco con cincuenta y ocho por ciento) de las ventas totales en el CONTRATO y de manera proporcional al porcentaje de participación accionaria en el fideicomiso Clínica del Norte; el valor resultante de la participación mensual variable no podrá ser nunca superior a \$360.000.000 (trescientos sesenta millones de pesos m.l.)

b) PARTÍCIPE GESTORA: Tendrá derecho al 94.42% (noventa y cuatro con cuarenta y dos por ciento) del total de las ventas del NEGOCIO CONJUNTO.

PARÁGRAFO PRIMERO: los primeros quince días hábiles del mes, LA PARTÍCIPE GESTORA informará a LA PARTÍCIPE INACTIVA el monto de las ventas totales del mes inmediatamente anterior del NEGOCIO CONJUNTO, con el fin de liquidar la participación extra mensual variable. LAS PARTES convendrán el monto efectivo de la utilidad que a cada una le corresponde, de acuerdo con los parámetros porcentuales y demás criterios definidos en la presente cláusula.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Los derechos económicos de la PARTÍCIPE INACTIVA serán cancelados por LA GESTORA a más tardar dentro de los NOVENTA (90) DÍAS CALENDARIO SIGUIENTES A CADA LIQUIDACIÓN EFECTUADA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN LA PRESENTE CLÁUSULA. (...)”

El término de duración de los contratos de cuentas en participación se estipuló a diez (10) años contados a partir de la suscripción de los mismo y las causales de terminación se convinieron en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA. 10. CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO:

- a) *Por vencimiento del término establecido para su vigencia.*
- b) *Por imposibilidad comprobada de cualquiera de LAS PARTES para ejercer el objeto del Contrato.*
- c) *Por incumplimiento de cualquier de LAS PARTES de las obligaciones establecidas en el presente Contrato.*
- d) *Por acuerdo entre LAS PARTES.*

PARÁGRAFO. En cualquier tiempo cualquiera de LAS PARTES podrá dar por terminado el Contrato, mediante comunicación escrita dirigida a la otra, sin que ello genere responsabilidad alguna para la parte que así lo decida, con una antelación de noventa (90) días calendario. Para que esta comunicación surta efecto, deberá de ser enviada a la otra parte a la dirección indicada en el presente contrato y tener la constancia de su recibo en dirección.”

El 21 de marzo de 2023, con fundamento en el párrafo de la Cláusula antes citada, las convocantes preavisaron a la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, la decisión de dar por terminado los contratos de cuentas en participación, solicitando la restitución de la administración del porcentaje del patrimonio autónomo que le corresponde a cada una de las entidades Convocantes, frente a las cuales la Convocada guardó silencio. Por lo tanto, la terminación contractual ocurrió el 21 de junio de 2023.

Durante los meses de abril, mayo y junio de 2023, ANESTESIAR, DARSER y FEDSALUD presentaron respectivamente las facturas de cobro de las utilidades mensuales convenidas, por valor mensual de \$5.303.493, 3.209.272 y 10.263.252.

Las concernientes facturas de cobro fueron devueltas y objetadas por la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, aduciendo que desde el 21 de marzo de 2023 se había dado por terminado los contratos de cuentas en participación en comento y además en asamblea del Fideicomiso Clínica del Norte celebrado en la fecha antedicha se había aprobada la reactivación del fideicomiso de administración vigente con ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por lo que la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE celebraría un nuevo contrato de arrendamiento con la anotada fiduciaria debiéndose realizar el pago del canon del caso a esa entidad a partir del 1 de abril de 2023.

La convocada, aduciendo situaciones ajenas, incumplió con las obligaciones derivadas de los contratos de cuentas en participación, que se encontraban vigentes hasta el 21 de junio

de 2023, ya que no ha cancelado las facturas que se le presentaron por cada una de las convocantes durante los meses de abril, mayo y junio de 2023, por las utilidades de dichos períodos e igualmente, pese a la terminación contractual a la fecha de la demanda la convocada, tampoco ha procedido a la restitución de la administración del porcentaje del patrimonio autónomo que le corresponde a cada una de las entidades convocantes, configurándose el incumplimiento grave de la obligación contenida en la Cláusula Cuarta de los contratos de cuentas en participación que los vincula.

3.2. Las Pretensiones de la demanda.

La parte convocante formuló al Tribunal el acogimiento de las peticiones que a continuación se transcriben:

“(...) PRIMERA: DECLARAR la terminación de los contratos de cuentas en participación, números 011-09-2017, 012-09-2017 y 014-01-2018, celebrados por el SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR”, SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER” y FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD”, respectivamente, con la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, con base en lo siguiente:

A. Por el ejercicio del derecho contractual de terminación unilateral informado debidamente por las entidades Convocantes a la Convocada, mediante la comunicación enviada y recibida el 21 de marzo de 2023, conforme a lo previsto en el párrafo de la Cláusula Décima de los referidos textos contractuales.

B. Por el incumplimiento grave de la obligación contenida en el párrafo segundo de la cláusula sexta de los contratos de cuentas en participación por parte de la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, esto es, por negarse al pago de las utilidades correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de 2023, a cada una de las entidades que conforman la parte Convocante.

C. Por el incumplimiento grave de la obligación establecida en la Cláusula Cuarta de los contratos de cuentas en participación, por parte de la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, al no haberse restituido la administración del inmueble definido en dicha cláusula, el

cual fue aportado al acuerdo negocial por las entidades Convocantes, en su calidad de participes inactivas.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, ORDENAR la restitución del porcentaje que le corresponde a cada una de las entidades Convocantes de lo aportado como participes inactivas en los contratos de cuentas en participación, conforme a lo definido en la Cláusula Cuarta de dichos contratos.

TERCERA: CONDENAR a la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE a pagar las facturas presentadas por el SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR”, SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER” y FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD”, correspondientes a las utilidades causadas de conformidad con la cláusula sexta de dichos contratos, durante los meses de abril, mayo y junio de 2023, relacionadas a continuación:

ENTIDAD	Nº DE FACTURA	VALOR	FECHA DE ENVIO
ANESTESIAR	A4120	\$5.303.493	20-abril-2023
ANESTESIAR	A4172	\$5.303.493	12-mayo-2023
ANESTESIAR	A4217	\$5.303.493	13-junio-23
DARSER	D694	\$3.209.272	20-abril-2023
DARSER	D713	\$3.209.272	12-mayo-2023
DARSER	D729	\$3.209.272	13-junio-23
FEDSALUD	F2805	\$10.263.252	20-abril-2023
FEDSALUD	F2855	\$10.263.252	12-mayo-2023
FEDSALUD	F2898	\$10.263.252	13-junio-23

CUARTA: CONDENAR a la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, a partir del momento en que debió haberse pagado cada una de las

facturas por concepto de las utilidades mensuales, y hasta el momento en que se efectúe el pago completo de las obligaciones allí contenidas.

QUINTA: CONDENAR a la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE a pagar las utilidades mensuales a título de lucro cesante, en los términos de los contratos de cuentas en participación, en favor del SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR”, SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER” y FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD”, desde el mes de julio de 2023, y hasta que sea restituido el porcentaje de los inmuebles de las entidades Convocantes, así:

ENTIDAD	UTILIDAD MENSUAL
SINDICATO ANTIOQUEÑO ANESTESIOLOGÍA DE “ANESTESIAR”	\$5.303.493
SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER”	\$3.209.272
FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD”	\$10.263.252

(...)

4. La contestación a la demanda.

La parte convocada contestó oportunamente la demanda de la siguiente manera:

Se pronunció sobre los hechos relatados por la parte convocante, negando unos, admitiendo otros y oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones. Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones de mérito:

- Simulación Absoluta de los contratos de cuentas en participación, señalando, en resumen, que las partes de la litis nunca tuvieron la voluntad real de celebrar un contrato de cuentas en participación, ya que el único contrato que permanece vigente es el de arrendamiento de 30 de junio del año 2011, celebrado entre el vocero y administrador del fideicomiso con LA FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE.
- Falta de legitimación en la causa por activa frente a las pretensiones de restitución, expresando, en síntesis, que la demanda es bastante oscura en la pretensión de restitución, pues mientras en los hechos se habla de entrega de la administración de los derechos que tienen los beneficiarios en la pretensión segunda se reclama la restitución de los porcentajes que ostentan los convocantes, por lo que hace énfasis que la tenencia de los inmuebles, propiedad del fideicomiso, se recibió de parte del fideicomiso y no de los convocantes, por lo que no se puede pretender la restitución de los mismo o fracciones de los mismos. De hecho, afirma que no se han recibido los porcentajes que le pertenecen a los convocantes.
- Falta de legitimación en la causa por activa en los convocantes por no haber cumplido el contrato de cuentas en participación -Excepción de contrato no cumplido-, indicando que las convocantes no cumplieron con las obligaciones contraídas en lo que atañe al aporte expresado en los contratos de cuentas en participación, por lo que al no tratarse de un contratante cumplido no están legitimados en la causa para pedir el incumplimiento del contrato.
- Ineficacia del contrato de cuentas en participación, afirmando que a partir de la asamblea celebrada el 21 de marzo de 2023 los contratos de cuentas en participación con los coparticipes del fideicomiso quedaron sin efectos por decisión de dicha asamblea, que resolvió que, a partir de allí, los dineros que debía pagar la Fundación por concepto de la explotación de la clínica se pagarían con base en un contrato de arrendamiento entre ALIZANZA FIDUCIARIA S.A. y la FUNDACION CLINICA DEL NORTE.
- Indebida notificación de la terminación del contrato por parte de las convocantes, bajo el argumento de que no manifestaron la terminación a la dirección acordada, ni en la forma establecida en los contratos.
- Inexistencia de utilidades, aseverando que si lo que se pretendía por las convocantes era reclamar el cumplimiento de las obligaciones del contrato,

primero tenían que pedir una rendición de cuentas y no una condena al pago de unas utilidades que jamás se han probado o discutido. El derecho del partícipe inactivo es el de participar en utilidades o pérdidas, a que le rindan cuentas, pero no a cobrar sumas que no corresponden con ninguna “utilidad” del negocio conjunto.

5. La prueba practicada.

En atención al principio de la necesidad de la prueba, consagrado en el artículo 164 del C.G.P., conforme al cual “*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*”, el Tribunal dispuso la práctica de los medios probatorios solicitados por las partes.

En ese orden de ideas, las pruebas decretadas y practicadas en el proceso, fueron las siguientes:

5.1. Documental / Exhibición de documentos.

La prueba documental que reposa en el expediente fue arrimada con la demanda, con la contestación de la demanda, con el escrito con el que el convocante recorrió el traslado de las excepciones, con la diligencia de exhibición de documentos y con la declaración de terceros, y todos estos documentos se pusieron en conocimiento de las partes para efectos de su contradicción, en los términos establecidos en la ley.

5.2. Interrogatorio de parte.

El representante legal común de quienes integran la parte convocante y el de la convocada absolviéron interrogatorio de parte en audiencia celebrada el 28 de febrero de 2024.

5.3. Declaraciones de terceros.

Dentro de las audiencias del 5 y 6 de marzo de 2024 se escuchó el testimonio de MIGUEL DARÍO GAVIRIA GONZÁLEZ, MARÍA ADELAIDA DÍAZ CASTRO, CARLOS MARIO POSADA URIBE, NATALIA HERNÁNDEZ ORTIZ, LUZ MARINA JIMÉNEZ TOBÓN, CARMENZA CUARTAS GUZMÁN y ALEJANDRO CAMARGO OROZCO. La parte convocante desistió de la práctica de las declaraciones de los terceros ESTEBAN BUSTAMANTE ESTRADA, CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ OSSA, SANTIAGO CORREA POSADA, NICOLÁS ALFONSO SUÁREZ ARBOLEDA, JENITH MILEIDY

MONTOYA, ANABEL TAMAYO TORRES, ADRIANA VELÁSQUEZ, JORGE ALBERTO GUZMÁN TATIS y JORGE PENAGOS; y la parte convocada desistió de la declaración de ÓSCAR ARMANDO PÉREZ GUERRA, que se habían decretado como prueba por el Tribunal.

Considera el Tribunal que el caudal probatorio en los términos en que fue decretada, admitida y practicada, goza de los requerimientos de ley para su apreciación y para su evaluación de conformidad con los artículos 243 y siguientes del C.G.P., entre otras disposiciones aplicables.

6. Los alegatos de conclusión.

Agotada la etapa probatoria, el 18 de abril de 2024 se realizó la audiencia de alegaciones en la que intervinieron ambos apoderados, quienes en sus intervenciones orales refrendaron la posición que plantearon en la demanda y su contestación. Ambas partes allegaron escritos en el que recogieron las alegaciones orales.

Debe advertirse que el Tribunal ha considerado, en su análisis del caso, los argumentos expuestos por las partes en sus alegaciones finales, a cuyo contenido se remite, sin que sea necesario referenciarlos individual y detalladamente a lo largo de la motivación de la providencia.

Finalmente, el Tribunal tendrá en cuenta la previsión del artículo 280 del C.G.P. según la cual *“La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella”*.

CAPÍTULO II CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.

Los presupuestos procesales, referidos a las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y se pueda decidir sobre el mérito de lo sometido a pronunciamiento judicial -justicia arbitral, en este caso-, están cumplidos a cabalidad.

En efecto, quienes integran las partes son personas jurídicas, cuya existencia y representación legal está acreditada en debida forma, y todas ellas ostentan capacidad tanto para ser parte como para comparecer al proceso, tal y como se verifica en las diferentes actuaciones.

También están legitimadas por el ordenamiento jurídico en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, incluyendo su libertad contractual o autonomía privada dispositiva para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de sus conflictos (artículos 116 de la Constitución Política, 8º y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia; 8º y 13 de la Ley 1285 de 2009; 1º y 3º de la Ley 1563 de 2012). Además, por tratarse de un arbitramento en derecho, comparecieron al proceso por intermedio de sus apoderados judiciales, debidamente constituidos.

La demanda arbitral se ajustó a las exigencias formales previstas en los artículos 82 y concordantes del Código General del Proceso, por lo que fue admitida en la oportunidad procesal correspondiente; el Tribunal se instaló legalmente; asumió competencia para juzgar en derecho las diferencias planteadas contenidas en ella; decretó y practicó pruebas; garantizó el debido proceso a todas las partes en igualdad de condiciones; y efectuó en distintas etapas el control de legalidad del trámite, sin que se observara causa de nulidad o irregularidad de la actuación.

Se advierte en el plenario que el Tribunal es competente para decidir las diferencias por tratarse de asuntos litigiosos, discutidos e inciertos, de naturaleza patrimonial, susceptibles de disposición y transacción, y comprendidos en las materias respecto de las cuales las partes habilitaron al Tribunal para administrar justicia conforme a los pactos arbitrales estipulados en los contratos sobre los que versa la controversia. La parte convocada no estuvo conforme con la asunción de competencia del Tribunal para

procesar el asunto que se le puso en conocimiento, y el recurso que en dicho sentido se formuló fue debidamente estudiado y no condujo a que se repusiera lo decidido.

Así las cosas, el Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del trámite arbitral, y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones normativas, sin que se advierta -valga reiterar- causal alguna de nulidad, lo que fue expuesto en distintas etapas procesales, como lo ordena el artículo 132 del C.G.P.

En síntesis, la relación jurídica procesal se constituyó regularmente, no existe defecto alguno en la actuación surtida o que imponga aplicar el artículo 137 del C.G.P.¹, por lo cual resulta procedente decidir el mérito sobre la controversia sometida a arbitraje, reseñada en su contenido básico en diferentes apartes de esta providencia.

2. PRINCIPIOS CONTRACTUALES Y PROCESALES PARA LA RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA.

2.1. El postulado de la autonomía de la voluntad privada.

Grandes tratadistas clásicos, desde Poitier, Josserand, Colin y Capitant, hasta Messineo, Henri León, Arturo Alessandri entre muchos otros, que han inspirado a los estudiosos del Derecho Civil -extensivo al Derecho Comercial-, han sostenido que la voluntad del individuo es el resorte que mueve y da vida al Derecho. Tanto porque el Derecho es un producto social, regulador de la conducta humana, cuanto porque la voluntad de cada individuo en particular ha tenido siempre un valor preponderante, reconocido por el Derecho positivo.

La actitud del ordenamiento jurídico colombiano -como muchos otros- es de respeto a la iniciativa privada², como lo sostiene el tratadista Fernando Hinestrosa, bajo la idea según la cual los efectos del acto dispositivo correspondan a cabalidad al propósito que se persigue con su celebración. El negocio jurídico es un acto de autonomía privada,

¹ El artículo 137 del Código General del Proceso establece: *“En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. (...)”*.

² “Tratado de las Obligaciones II. El Negocio Jurídico”, Universidad Externado, 2015, página 110 y ss.

jurídicamente relevante; es un acto de regulación de los propios intereses, respecto al cual la ley señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva. Y no hallando reparo, interpreta el comportamiento y el contenido negocial, es decir, lo ubica dentro del marco de las circunstancias en que se realizó, para a su vez asignarle los efectos que mejor correspondan a la determinación particular, sea catalogándolo dentro de alguno de los tipos contractuales reconocidos, o reconociéndolo bajo la modalidad de negocio atípico o innominado -también legítimo-. Suele admitirse que el negocio jurídico corresponderá a la naturaleza que impone o deriva de su contenido, por encima de la denominación o rotulación que eventualmente le hayan otorgado los contratantes.

El postulado de la autonomía de la voluntad debe verse holísticamente, desde su concepción constitucional, la cual nos obliga, por producto del régimen político económico que propugna por la protección de la propiedad privada (Constitución Política de 1991), a tenerla como uno de los pilares más importantes sobre el cual se erige la teoría del negocio jurídico y más concretamente la teoría genérica del contrato. Según ha dicho la Corte Constitucional, *“(...) es claro que la autonomía y la voluntad de las personas, es una de las más importantes conquistas del derecho constitucional moderno, ya que permite a las personas dentro de los límites impuestos por el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de los otros desarrollarse y construir un modelo de vida propio a través de sus decisiones y determinaciones, sin la injerencia o interferencia del estado en su órbita personal”*³.

En cuanto a los efectos que de ellos dimanen, se entiende y presume que los negocios jurídicos corresponden a la voluntad y por ende a los intereses de sus respectivos autores, quienes pueden adaptar la reglamentación de las disposiciones a la satisfacción de sus propios intereses, sin desconocer que su ejercicio es limitado, aún atenuado, o a veces ausente, bien la vigencia de normas imperativas, por razones de orden público o por consideraciones que atañen a la moralidad, la ética colectiva o las buenas costumbres.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-229 de 11 de mayo de 2016, exp. T-5.350.275. Al respecto, con carácter general, el primer inciso del artículo 333 de la Constitución Política, es del siguiente tenor: *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común (...)”*.

La generación de los efectos del contrato supone y exige la concurrencia de los requisitos generales de existencia y validez señalados en el artículo 1502 del Código Civil, a cuyo tenor *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:*

1o.) que sea legalmente capaz. [] 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. [] 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. [] 4o.) que tenga una causa lícita”. En este contexto, por la importancia que tiene en el caso *sub-lite*, ha de destacarse, adicionalmente, la previsión del artículo 1524, según el cual *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. [] Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”*.

Valga decir, también, que la voluntad que importa para la formación del consentimiento debe ser declarada -esto es, manifestada-, con el propósito de crear un vínculo jurídico, manifestación que, se presume, corresponde a la intención del sujeto que la exterioriza, cuestión relevante porque, como es conocido, si hubiere necesidad de interpretar las estipulaciones del contrato, la primera directriz normativa es la señalada en el artículo 1618 del Código Civil, por cuya virtud, *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*, en cuya puesta en práctica sirve de referente, entre otras pautas o reglas también de linaje legal, la prevista en el inciso final del artículo 1622 *ibídem*, a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán *“por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”*.

Lo que viene decirse se concreta, en el campo de la regulación legal, en el conocido artículo 1602 del Código Civil, a la luz del cual *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, del que se desprenden los efectos inherentes al postulado de la autonomía de la voluntad que en él se consagra, alusivos a los principios de normatividad, relatividad y buena fe que se predicán de todo contrato -negocio jurídico- dotado de las condiciones generales de existencia y validez -eficacia- de las que se ha hecho la correspondiente mención.

No pasa desapercibida, entonces, la vigencia de la libertad contractual inmersa en el postulado en cuestión, que comprende para el sujeto, para empezar, la definición de si contrata o no, y en caso afirmativo, la prerrogativa de concertar los términos de su vinculación, entre muchas otras definiciones que dependen de su voluntad, sobre cuyo amplio espectro también ilustra el dicho jurisprudencial:

“Justamente, la autonomía privada en tanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad”⁴.

En relación con el principio de normatividad, basta con reseñar que de lo que se trata es de destacar el carácter ciertamente vinculante de lo pactado -es ley para las partes, dice la norma-, soporte para afirmar, como enseña la doctrina, que “(...) las manifestaciones de la voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, dotadas de los atributos propios de estas, entre ellos el de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes quedan ligadas por sus propios actos, como lo estarían si las prestaciones que estipulan libremente fueran impuestas por el propio legislador”⁵.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011.

⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Séptima Edición. Editorial Temis. Bogotá, 2005, página 306.

El principio de relatividad, por su lado, apunta al enunciado que predica que, como se antoja natural, el contrato produce efectos únicamente entre las partes que lo celebran. Esta regla, ínsita en el mencionado artículo 1602 del Código Civil -el contrato es ley “para los contratantes”- se acompasa estrictamente con la esencia de la autonomía privada, que significa libertad de disponer de los intereses propios y presupone una libertad análoga de los otros sujetos, sin que por ello pueda entenderse en el sentido de que la eficacia contractual sea completamente irrelevante para los terceros; excepcionalmente, si se quiere ver así, el contrato puede estar llamado a influir en las situaciones jurídicas de sujetos extraños a él. Al decir de la jurisprudencia:

“El principio general dispone que las convenciones no perjudican ni provechan a terceros: res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest, decían los romanos; lo que nunca ha significado que no ejercen repercusión sobre los terceros, «sino solamente que no pueden hacer nacer un derecho en contra o a favor de un tercero; esto es, que son impotentes para convertir a una tercera persona en acreedora, deudora o propietaria».⁶ Siendo el contrato una ley para las partes, el principio de la relatividad de los negocios jurídicos sólo significa que las partes carecen de facultad para hablar en nombre de otros o comprometer sus intereses cuando no están investidos de ninguna delegación o poder de representación. Pero ese postulado nunca ha querido decir que los efectos de los actos y contratos, o de su invalidación, no logren afectar derechos de terceros.

Para saber si las consecuencias de un negocio jurídico exceden el límite de las relaciones entre las partes que lo conforman, hay que distinguir entre los efectos que produce su celebración, cuyos derechos y obligaciones los contratantes no pueden desconocer; y los efectos de su cumplimiento o de su invalidación. De igual modo hay que diferenciar las diversas relaciones que pueden darse entre

⁶ JOSSERAND, Louis. Derecho civil, t.II, vol. I. Teoría general de las obligaciones. Buenos Aires, Bosch, 1950. página 183.

los no-contratantes y los contratantes; o reconocer su total ausencia de vínculos jurídicos.

Los no-contratantes pueden ser terceros absolutos (penitus extranei) o verdaderos terceros, que son jurídica y definitivamente ajenos a las partes contratantes; o terceros relativos, que no intervienen en la celebración del convenio pero con posterioridad sus intereses resultan afectados por las consecuencias que genera aquella relación jurídica-sustancial.

«En términos generales, terceros son todas aquellas personas extrañas a la convención. Todos aquellos que no han concurrido con su voluntad a su generación. Toda persona que no es parte, es tercero».⁷ Sin embargo, esa condición de ajenidad puede cambiar en el curso del cumplimiento del negocio jurídico o después, involucrando los intereses de personas que no participaron en su conformación y que por ello adquieren la calidad de terceros relativos. Son terceros porque no celebraron el convenio, directamente o mediante representante; y son relativos porque más adelante quedan relacionados por sus efectos jurídicos.

«Son terceros relativos quienes no tuvieron ninguna intervención en la celebración del contrato, ni personalmente ni representados, pero con posterioridad entran en relación jurídica con alguna de las partes, de suerte que el acto en el que no participaron podría acarrearles alguna lesión a sus intereses, por lo que les importa establecer su posición jurídica frente al vínculo previo del que son causahabientes, y esa certeza sólo la pueden adquirir mediante una declaración judicial; como por ejemplo el comprador, el acreedor hipotecario, el acreedor quirografario, el legatario, el donatario, el cesionario, etc. Son terceros absolutos (penitus extranei) todas las

⁷ Raúl DIEZ DUARTE. La simulación de contrato en el Código Civil Chileno. Santiago de Chile, 1957. p. 64.

demás personas que no tienen ninguna relación con las partes, por lo que el vínculo jurídico no les concierne ni les afecta de ninguna manera, pues sus consecuencias jurídicas no los alcanzan en virtud del principio de relatividad de los efectos del negocio jurídico; o sea que carecen de todo interés en la causa».⁸

Los penitus extranei son los terceros verdaderos o absolutos, y para ellos está hecha la regla de la relatividad de los contratos, en la medida que ni los ha unido ni los unirá ninguna relación obligatoria con las partes contratantes. El convenio en el que no han participado, y en el que no han estado representados ni los beneficia ni los perjudica.

(...)

Así, por ejemplo, existen contratos cuyo radio de acción rebasa el límite personal de los contratantes, como ocurre con los contratos traslativos de propiedad o constitutivos de derechos reales, los cuales producen efectos con relación a todos (erga omnes), por lo que dejan de tener un valor relativo.

Lo anterior también se predica de los efectos, frente a terceros, del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Existen aún más particularidades cuando se trata de los efectos ex tunc y contra terceros de la invalidación de las convenciones privadas, situaciones en las cuales la regla que predomina no es la relatividad de los contratos, sino el retorno de las cosas al estado anterior por considerarse que el acto o negocio invalidado no existió en ningún

⁸ SC9184 del 28 de junio de 2017, rad. N° 11001-31-03-021-2009-00244-01.

momento, lo que repercute en cuantos derechos se constituyeron sobre la cosa a favor de terceros.

*Esta regla, sintetizada en el aforismo *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, empero, es tan general y radical que ni siquiera en el derecho romano justiniano se aplicó sin salvedades, por lo que es necesario señalar algunas trazas delimitantes”⁹.*

En cuanto al principio de la buena fe, puede entenderse ella como la exigencia que se le hace a cada parte de un comportamiento leal y diligente frente a los intereses contractuales de su contraparte; se refiere, además, a honrar la palabra dada y los compromisos contractuales asumidos. Ha sido consagrada en multiplicidad de normas de rango legal entre ellas, centrado la atención en la esfera contractual -y sus relacionadas-, el artículo 1603 del Código Civil¹⁰ y los artículos 863 y 871 del Código de Comercio¹¹, sin perder de vista que dicho canon fue elevado además a rango constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991¹², por supuesto desarrollado en múltiples pronunciamientos de las altas corporaciones judiciales.

Así, por ejemplo, al decir de la Corte Constitucional, *“La buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*¹³; y en palabras de la Corte Suprema de Justicia, *“Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, aparece ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a*

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC3201-2018 de 9 de agosto de 2018.

¹⁰ *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella”.*

¹¹ En su orden: *“Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”* y *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.*

¹² *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante ésta”.*

¹³ Sentencia C-1194-08; también, Sentencias SU-039 de 1998 y T-793 de 2004.

*los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad*¹⁴.

En esta materia se puede decir que de tiempo atrás gozan de reconocimiento y aceptación varias aplicaciones o expresiones del principio de la buena fe, entre ellas la asociada al concepto de los denominados *deberes secundarios de conducta*, también conocidos como *deberes colaterales* o *deberes de protección*¹⁵, y la que concierne a la aplicación, cuando así resulte pertinente, de la conocida *teoría de los actos propios*, la cual, si bien es cierto no cuenta con reconocimiento legal expreso en el ordenamiento jurídico, sí ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia¹⁶.

De otra parte, aunque todavía en la esfera del postulado de la autonomía de la voluntad, pertinente se estima recordar que su ejercicio comporta -así, de alguna manera, se presume- la adecuada atención de las *cargas* que presupone y exige el ejercicio de la libertad contractual, las cuales, según se expresa en algún pronunciamiento proveniente de la justicia arbitral, *“imponen a los sujetos, en el ejercicio de su libertad de contratación y de auto-configuración de intereses legalmente protegida, unos deberes de actuación diligente, enderezados a procurar un adecuado desenvolvimiento de la voluntad que exteriorizan, a partir de la certidumbre que deben procurar en todos los aspectos atinentes a la contratación, como la definición misma de celebrar el negocio jurídico, la escogencia de la modalidad contractual planteada para regir las relaciones convencionales, y el adecuado señalamiento de las estipulaciones vinculantes -en su contenido y alcance-, lo que sugiere y supone, seguramente con distintos énfasis según el perfil de los contratantes, desplegar la conducta mínima requerida para reflejar en forma nítida y conveniente los elementos fácticos y jurídicos cuyo carácter vinculante se quiere propiciar*”¹⁷.

¹⁴ Sala Civil, Sentencia de 9 de agosto de 2000, rad. nº 11001-3103-012-1999-01957-01.

¹⁵ Términos de este talante se aprecian en el artículo publicado por el profesor Arturo Solarte, *“La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”*, en la Revista Universitas No. 108 (diciembre de 2004), páginas 305 y 306.

¹⁶ Por ejemplo, en pronunciamientos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia puede consultarse la Sentencia del 24 de enero de 2001, reiterada en Sentencia de agosto 5 de 2014.

¹⁷ Laudo de 27 de julio de 2012, Tribunal Arbitral de Alicorp Colombia contra Helados Modernos de Colombia, Vardys y otros; en esta providencia se utiliza, sin hacer la distinción que en algunos escenarios jurídicos específicos procede, entre *“cargas”* y *“deberes”*.

Estas cargas inherentes al ejercicio de la autonomía negocial reconocida consisten en conductas o comportamientos de distinto perfil, descritos con claridad en la doctrina¹⁸, con inclusión, conforme se condensa en otro pronunciamiento de linaje arbitral, “de (i) la carga de legalidad, referida *‘a la necesidad que le incumbe a la parte de utilizar medios idóneos para integrar el supuesto legal del negocio’*; (ii) la carga de claridad, en virtud de la cual *‘debe el agente fijar de manera inequívoca y fácilmente reconocible el valor vinculante del negocio que pretende concluir, a fin de evitarse un daño a sí mismo o al destinatario’*” comprendiendo apreciaciones como la que precisa que el contratante *‘debe cuidarse de las solemnidades y, en general, de la precisión en los términos, así vulgares como técnicos; empleo de palabras exactas para determinar el sentido de su querer, identificación adecuada del objeto contractual, etc.’*; (iii) la carga de sagacidad, entendida como *‘la precisa delimitación de la situación de hecho que pretende verter sobre el molde negocial’*; y (iv) la carga de conocimiento’ que versa *‘sobre la necesidad que tiene el particular de conocer los efectos del negocio y de las circunstancias a las que el derecho enlace inducciones interpretativas, por ejemplo, el conocimiento de usos comerciales locales, consecuencias de formular una oferta, posibilidades de retractación de esta, indemnizaciones por incumplimiento, etc.’*”¹⁹. Es razonable admitir que a mayor complejidad, en lo fáctico o en lo jurídico, del negocio en planes de formalización o de ejecución, mayor exigencia se concibe en relación con el acatamiento de las pautas asociadas al concepto de *cargas* que se acaba de resaltar.

2.2. El principio de la congruencia.

El inciso primero del artículo 281 del Código General del Proceso establece que *“La sentencia debe 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”*.

Esta regla es conocida como la congruencia o consonancia, *“por cuya fuerza el sentenciador tiene el deber de que su veredicto guarde coherencia con las pretensiones aducidas en el trámite judicial, los hechos que sirven de sustento a la causa petendi, y*

¹⁸ CANCINO, Fernando. Estudios de derecho privado, Editorial Temis, páginas 47 y 48.

¹⁹ Laudo de 7 de junio de 2022, Tribunal Arbitral de Petrodynamic Petroleum Services S.A.S. vs Frontera Energy Colombia Corp -Sucursal Colombia-.

las excepciones invocadas por los demandados o que aparezcan acreditadas en el trámite”²⁰.

Dicho principio, por obvias razones, rige también el procedimiento arbitral, a tal punto que el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 establece la falta de congruencia como una de las causales del recurso de anulación.

Conforme a lo anterior, el Juez, incluyendo a los particulares en ejercicio de funciones jurisdiccionales en sede arbitral, por regla general está sometido de manera estricta a las pretensiones incoadas en la demanda. Al respecto, el reconocido tratadista nacional Hernán Fabio López Blanco manifestó: “... se deduce, como regla técnica del sistema procesal civil, que la sentencia debe concordar con esas peticiones, de manera muy especial en lo tocante con las pretensiones de la demanda, porque, de ordinario y salvo contadas excepciones, el juez no puede otorgar en una sentencia, cuando esta sea estimatoria de la demanda, más de lo pedido ni algo distinto, ni condenar por causa diferente a la invocada en ella (...)”²¹.

2.3. De la carga de la prueba.

El Tribunal estima pertinente hacer alguna alusión a la cuestión probatoria, cuyos referentes normativos se ubican en (i) el artículo 164 del Código General del Proceso, en virtud del cual “*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*”; (ii) el artículo 167 *ibidem*, que en relación con la “*Carga de la prueba*”²² consagra, en su primer inciso, la regla clásica según la cual “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”²³; y (iii) el artículo 176 del mismo ordenamiento, que

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC2850 de 25 de octubre de 2022, rad. n° 2017-33358-01.

²¹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso, Parte General. Segunda Edición. 2019, página 667.

²² Según la doctrina autorizada, “*La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos*” (Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2009).

²³ No excluyen, en el plano de lo abstracto, de la posibilidad de aplicación de la preceptiva incluida en el segundo inciso de la misma disposición, que da cuenta de lo que suele identificarse como la *carga dinámica de la prueba*, hipótesis no particularmente relevante en este proceso.

consagra la pauta cardinal de obligatoria observancia por el operador judicial según la cual *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”*²⁴.

Desde la perspectiva específica de la prueba de las obligaciones, las disposiciones recién referidas deben acompasarse con la previsión del artículo 1757 del Código Civil, según el cual *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*²⁵, contenido normativo que traza una directriz general lógica y útil, que ubica en el acreedor que reclama el derecho, la carga de demostrar la existencia de la obligación, y en el deudor que alega ausencia de responsabilidad, la de acreditar la causal o motivo de extinción que comporta la exoneración correspondiente, a lo que han de agregarse modulaciones específicas en función de variables particulares como las que derivan de la caracterización de algunas clasificaciones de las obligaciones como la que -por vía de doctrina y jurisprudencia- distingue la existencia de las *obligaciones de medio y obligaciones de resultado*.

A la luz de los parámetros normativos expuestos se examinará, en lo pertinente, el caso *sub-lite*.

3. DE LA CONTROVERSIA PLANTEADA.

3.1. El objeto de la controversia.

En el caso que ocupa la atención, este Tribunal de Arbitramento está sometido de manera estricta a las pretensiones de la demanda que, y las dos primeras son del siguiente tenor:

“(…)

PRIMERA: DECLARAR la terminación de los contratos de cuentas en participación, números 011-09-2017, 012-09-2017 y 014-01-2018, celebrados por el SINDICATO ANTIOQUEÑO DE

²⁴ Artículo 167 del Código General del Proceso.

²⁵ Artículo 1757 del Código Civil.

ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR”, SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER” y FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD”, respectivamente, con la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, con base en lo siguiente:

A. *Por el ejercicio del derecho contractual de terminación unilateral informado debidamente por las entidades Convocantes a la Convocada, mediante la comunicación enviada y recibida el 21 de marzo de 2023, conforme a lo previsto en el párrafo de la Cláusula Décima de los referidos textos contractuales.*

B. *Por el incumplimiento grave de la obligación contenida en el párrafo segundo de la cláusula sexta de los contratos de cuentas en participación por parte de la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, esto es, por negarse al pago de las utilidades correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de 2023, a cada una de las entidades que conforman la parte Convocante.*

C. *Por el incumplimiento grave de la obligación establecida en la Cláusula Cuarta de los contratos de cuentas en participación, por parte de la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, al no haberse restituido la administración del inmueble definido en dicha cláusula, el cual fue aportado al acuerdo negocial por las entidades Convocantes, en su calidad de partícipes inactivas.*

SEGUNDA: *Como consecuencia de la anterior declaración, ORDENAR la restitución del porcentaje que le corresponde a cada una de las entidades Convocantes de lo aportado como partícipes inactivas en los contratos de cuentas en participación, conforme a lo definido en la Cláusula Cuarta de dichos contratos.*

(...)”

Nótese cómo en la pretensión primera se solicita que se declare la terminación de los tres contratos objeto de la controversia, y en la pretensión segunda -de naturaleza consecuencial- se solicita *“la restitución del porcentaje que le corresponde a cada una de las entidades Convocantes de lo aportado como partícipes inactivas en los contratos de cuentas en participación, conforme a lo definido en la Cláusula Cuarta de dichos contratos”*.

Esa situación puntual lleva al Tribunal a la necesidad de determinar o precisar en qué consiste el *“porcentaje”* a que se refieren las convocantes en su demanda, pues en el acápite de pretensiones no se hace una expresión numérica específica en ese sentido, y si bien en el hecho 2. de la demanda se afirmó que SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR” tiene una participación en el patrimonio autónomo del 1,52%, SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER” tiene una participación del 0,92% y FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD” tiene una participación del 2,94%, situación aceptada expresamente en la respuesta a este hecho en la contestación de la demanda, es importante tener claridad sobre la correspondencia con el objeto y con la proporción de lo que se dice haberse aportado por los partícipes ocultos en los contratos de cuentas en participación, pues en el proceso hay información cambiante sobre participaciones porcentuales vinculadas a cada una de las entidades convocantes.

Se evidencia allí un eventual escollo que corresponde solucionar con la finalidad de brindar certidumbre sobre el alcance del pedimento, ante el cual corresponde al fallador, luego del análisis integral de la demanda -y de las pruebas recaudadas a instancias del proceso si fuera el caso-, interpretar la misma con el fin de establecer cuál es la verdadera aspiración del accionante. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia manifestó:

“(…) la labor de interpretación de la demanda, desarrollada con el único propósito de descubrir la intención original de quien acude a la jurisdicción, el juez la podrá adelantar en la medida en que el libelo se lo permita sin desfigurar la realidad que por sí sola allí se patentice, esto es, en aquellos eventos en que al hacerlo no transforme la esencia de lo pedido ni de las circunstancias fácticas

en que el demandante haya fundado esas súplicas; ya que, para expresarlo en sentido contrario, si el contenido integral del acto introductorio ostenta claridad y precisión meridianas o si, en cambio, su oscuridad y confusión es de tal magnitud que objetivamente se hace imposible encontrar ese verdadero horizonte, entonces el sentenciador no podrá más que sujetarse a la literalidad que le figure expuesta, con las consiguientes consecuencias para el promotor del proceso”²⁶.

Así las cosas, conforme a los lineamientos jurisprudenciales reseñados, bajo la premisa señalada en punto a que el Juez está atado a las pretensiones de la demanda²⁷, cuando se evidencie en las mismas algún tipo de oscuridad, duda o indeterminación, para cumplir su labor de decidir sobre la controversia de la que conoce puede acudir a la labor interpretativa para la que está facultado, pues no podría, al amparo de una dificultad de esa naturaleza, abstenerse de fallar en derecho.

Consonante con lo recién plasmado, conviene agregar que el Tribunal tiene un marco para su competencia cual es el de los contratos de cuentas en participación, conforme al pacto arbitral que contiene cada uno de ellos, y pese a que en el discurrir del proceso se ha constatado la existencia de contratos de fiducia mercantil, de arrendamiento y de comodato, los cuales será necesario escudriñar por tener el potencial de irradiar sus efectos a lo discutido en esta litis, no es procedente el disponer sobre la suerte de los mismos cuando en este laudo se resuelva sobre las pretensiones de la demanda.

3.2. De los contratos o actos jurídicos que tocan con la controversia.

La controversia que ocupa la atención en el presente proceso está referida a la ejecución de los siguientes actos jurídicos:

Contrato de cuentas en participación Nro. 011-09-2017 de 8 de septiembre de 2017, suscrito entre el SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR”,

²⁶ Sala Civil, Sentencia del 16 de junio de 2006, rad. nº 13373.

²⁷ Y correlativamente a las excepciones que frente a esta se propongan de forma oportuna, en este frente siguiendo las previsiones de los artículos 281 y 282 del CGP.

como “PARTÍCIPE INACTIVO” y la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, como “PARTÍCIPE GESTORA”.

Contrato de cuentas en participación Nro. 012-09-2017 de 8 de septiembre de 2017, suscrito entre el SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER”, como “PARTÍCIPE INACTIVO” y la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, como “PARTÍCIPE GESTORA”.

Contrato de cuentas en participación Nro. 014-01-2018 de 1 de enero de 2018, suscrito entre la FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD”, como “PARTÍCIPE INACTIVO” y la FUNDACIÓN CLINICA DEL NORTE, como “PARTÍCIPE GESTORA”.

De relevancia resulta indicar que estos tres contratos no surgieron espontáneamente entre las partes, pues entre ellos ya mediaban unos lazos económicos que condujeron a las citadas cuentas en participación, y por ello importa analizar la situación en contexto.

3.2.1. El contrato de fiducia mercantil y el contrato de arrendamiento y comodato que son antecedentes a las cuentas en participación

Mediante escritura pública No. 2062 del 29 de marzo de 2007 de la Notaría 12 de Medellín se celebró con ALIANZA FIDUCIARIA S.A. un contrato de fiducia mercantil de administración simple, en desarrollo del cual el fideicomiso adquirió a un tercero el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria N° 01N-5272562, contrato de fiducia que se fue modificando en razón a la construcción en ese predio de la sede para una clínica y al manejo del inmueble resultante, todo ello de conformidad con la escritura pública No. 1984 de 27 de mayo de 2009 de la Notaría 12 de Medellín, el documento privado de 3 de mayo de 2011 y el documento privado de 22 de noviembre de 2023. En dicho contrato de fiducia, y en sus modificaciones, siempre ha estado la misma fiduciaria, pero la calidad de fideicomitentes y beneficiarios, entre y uno y otro de los documentos, la han ostentado un número plural y flotante de personas.

Hay que detenerse en el documento privado de 3 de mayo de 2011, por ser el de fiducia inmediatamente anterior a los contratos de cuentas en participación, para de allí extraer que:

En el acápite de antecedentes se estipuló lo siguiente:

“Tercero: Nuevo objeto: Agotadas las actividades anteriores, los BENEFICIARIO actuales han convenido modificar el contrato de fiducia a uno de ADMINSTRACIÓN y a efectos de que la Fiduciaria mantenga la titularidad jurídica de los activos fideicomitidos, celebrar un contrato de arrendamiento sobre los mismos y distribuir entre los BENEFICIARIOS los excedentes”.

De acuerdo con la cláusula tercera, capítulo tercero, el patrimonio autónomo se encuentra conformado por los siguientes activos:

- *“El inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria N° 01N-5272562.*
- *La edificación levantada sobre el mismo destinada a servicios de salud entre otros.*
- *Los bienes que con destino al mismo PATRIMONIO aporten LOS BENEFICIARIOS.*
- *Los bienes que adquiera el PATRIMONIO AUTÓNOMO a cualquier título.*
- *Los rendimientos obtenidos de unos y otros.”*

En la cláusula sexta, capítulo cuarto, donde se plasman unas instrucciones de los fideicomitentes a la fiduciaria, se encuentra lo siguiente:

“Para el cumplimiento del objeto previsto en este contrato, se imparten las siguientes instrucciones a la FIDUCIARIA:

1. *Mantener la titularidad jurídica de LOS ACTIVOS DEL FIDEICOMISO.*
2. *Celebrar, ,ejecutar, renovar, modificar y/o terminar el contrato de ARRENDAMIENTO o similar, sobre LOS ACTIVOS en las condiciones que señale el COMITÉ FIDUCIARIO. Estas condiciones deberán constar por escrito, debidamente radicado en la sección de archivo y correspondencia de Alianza. Nota. Se advierte que en los contratos de arrendamiento deberá quedar expresamente establecido que el contrato de arrendamiento no hará parte del establecimiento de comercio del arrendatario. Las siguientes son las condiciones iniciales bajo las cuales ALIANZA deberá celebrar el contrato de arrendamiento, las que sólo podrán ser modificadas por el COMITÉ FIDUCIARIO.*

Arrendador: Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso Clínica del Norte

Arrendatario: Inversiones Salud Antioquia S.A.S.

(...)

Pagos: Inversiones Salud Antioquia S.A.S. queda autorizado permanentemente para consignar el canon de arrendamiento mes anticipado a cada uno de los fideicomitentes en una cuenta previamente matriculada por cada fideicomitente en las oficinas de Inversiones salud Antioquia S.A.S. No obstante, EL ARRENDADOR se reserva la facultad de retomar el derecho a percibir los cánones, cuando los BENEFICIARIOS no suministren los recursos necesarios para la defensa y protección de LOS ACTIVOS.”

(...)

En desarrollo del contrato de fiducia y de las instrucciones que fueron impartidas por los fideicomitentes, el 30 de junio de 2011 se celebró un contrato de arrendamiento y comodato precario entre el Fideicomiso Clínica del Norte -por conducto de su vocera -, la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, como arrendatario y comodatario, e INVERSIONES SALUD ANTIOQUIA S.A.S. como coarrendatario, cuyo objeto, al tenor de la cláusula PRIMERA de ese escrito, consiste en una edificación compuesta por dos sótanos y nueve pisos, levantada en un lote situado en el barrio NIQUÍA del Municipio de Bello (Antioquia), lote con un área de 6.213 metros cuadrados y con un área

construida de 12.000 metros cuadrados. Matrícula Inmobiliaria No. 01N-527256 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín – Norte. Dentro del mismo texto de ese contrato se estableció que las zonas no construidas del inmueble se entregaban a título de comodato precario. En la cláusula QUINTA se estableció la fórmula para el cálculo del canon ante el cambio de anualidad, y también se estipuló que *“EL ARRENDATARIO consignará el canon de arrendamiento mes anticipado a cada uno de los fideicomitentes en una cuenta previamente matriculada por cada fideicomitente en las oficinas del ARRENDATARIO, a prorrata de su respectiva participación en el presente FIDEICOMISO.”*

Aparejadamente, ese mismo 30 de junio de 2011, se suscribió un documento con el que el arrendador y comodante cedió su posición contractual a una serie de personas en las que, según allí se indica, para esa época, también les recaía la calidad de fideicomitentes y beneficiarios en el Fideicomiso Clínica del Norte, advirtiendo que las tres entidades hoy demandantes no se mencionan en este escrito.

Siguiendo el orden cronológico de los acontecimientos relevantes a este proceso, se sigue un documento titulado *“TERMINACION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y COMODATO PRECARIO CLINICA DEL NORTE”*, con fecha de 31 de diciembre de 2017, con el que se quiso acordar el rompimiento de la tenencia contratada el 30 de junio de 2011, saltando al bulto que, por la parte arrendadora y comodante (cesionaria) se vislumbra únicamente la firma de 5 personas, y en el encabezado del texto y en los espacios para las firmas se desprende que dicha parte se dice estar integrada por 22 personas. Ahora bien, en este fallido escrito de terminación sí aparecen ANESTESIAR, DARSER y FEDSALUD, inclusive habiéndolo firmado, y llama la atención que el grupo de personas que tenían la condición de arrendadores y comodantes el 30 de junio de 2011 es diferente del que se reputaba con esa calidad para el 31 de diciembre de 2017. En el plenario no existe prueba de la existencia de cesiones del contrato de arrendamiento y comodato de 30 de junio de 2011 diferentes de la que tuvo lugar en esa misma fecha.

Luego se celebraron separadamente los contratos de cuentas en participación de ANESTESIAR, DARSER y FEDSALUD con la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, los dos primeros el 8 de septiembre de 2017 y el tercero el 1 de enero de 2018.

3.2.2. El porcentaje de derechos o la participación de las convocantes en el contrato de fiducia mercantil y en otros actos jurídicos que durante su ejecución se han surtido

De cara a la calidad de fideicomitente y beneficiario en el actualmente conocido como Fideicomiso Clínica del Norte, es menester ubicar el ingreso y la participación de las tres personas jurídicas demandantes dentro del contrato de fiducia contraído con ALIANZA FIDUCIARIA, y en las demás actuaciones vinculadas al mismo.

Se reitera que en el hecho 2. de la demanda se afirmó que, para el momento en que la misma se presentó, ANESTESIAR tenía una participación en el fideicomiso del 1,52%, DARSER una participación del 0,92% y FEDSALUD una participación del 2,94%, mismas que fueron aceptadas, en esos mismos términos, en la contestación de la demanda, siendo también incontrovertible que esas tres personas jurídicas no fueron constituyentes iniciales (fundadores) del fideicomiso, pero para lo pretendido con el presente proceso importa auscultarse sobre las fluctuaciones del porcentaje de participación de cada una de ellas según la información que reposa en la demanda, en los contratos de cuentas en participación y en otros documentos que reposan en el expediente.

En el documento privado de 3 de mayo de 2011 denominado "*FIDEICOMISO CLINICA DEL NORTE – MODIFICACION TOTAL*" se hace una relación pormenorizada de quienes a este concurren en calidad de fideicomitentes y beneficiarios, y se evidencia que las tres entidades demandantes no tenían para esa fecha dicha calidad y, por lo tanto, no intervinieron en ese acto.

En el documento de cesión de arrendamiento y comodato fechado el 30 de junio de 2011, donde se indica que quienes eran fideicomitentes y beneficiarios, para esa fecha, serían los cesionarios del contrato de tenencia inmobiliaria, se encuentra que las demandantes no conforman el grupo de 26 personas que allí se señalan como tales.

En el fallido documento de "*TERMINACION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y COMODATO PRECARIO CLINICA DEL NORTE*" fechado el 31 de diciembre de

2017, en la cláusula SEGUNDA, se hace un listado de quienes en ese momento tienen la calidad de fideicomitentes y beneficiarios en el fideicomiso, con indicación de que ANESTESIAR tenía una participación del 1,5%, DARSER tenía una participación del 1% y FEDSALUD tenía una participación del 3,198%.

En el contrato de cuentas en participación de 8 de septiembre de 2017 suscrito por ANESTESIAR, en su encabezado se señala que tiene una participación del 1,5% en el fideicomiso, y en la cláusula SEXTA se predica que *“tendrá derecho a una participación mensual variable al 5.58% de las ventas totales en el contrato y de manera proporcional al porcentaje de participación accionaria en el Fideicomiso Clínica del Norte”*.

En el contrato de cuentas en participación de 8 de septiembre de 2017 suscrito por DARSER, en su encabezado se señala que tiene una participación del 1% en el fideicomiso, y en la cláusula SEXTA se predica que *“tendrá derecho a una participación mensual variable al 5.58% de las ventas totales en el contrato y de manera proporcional al porcentaje de participación accionaria en el Fideicomiso Clínica del Norte”*.

En el contrato de cuentas en participación de 1 de enero de 2018 suscrito por FEDSALUD, en su encabezado se señala que tiene una participación del 3.198% en el fideicomiso, y en la cláusula SEXTA se predica que *“tendrá derecho a una participación mensual variable al 5.58% de las ventas totales en el contrato y de manera proporcional al porcentaje de participación accionaria en el Fideicomiso Clínica del Norte”*.

En el curso del proceso, más exactamente durante la declaración del testigo MIGUEL DARIO GAVIRIA GONZALEZ, llegaron al proceso el Otrosí Nro. 4 – MODIFICACION INTEGRAL AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACION – FIDEICOMISO CLINICA DEL NORTE, fechado el 22 de noviembre de 2023, y un nuevo contrato de arrendamiento de ALIANZA FIDUCIARIA – como vocera del fideicomiso- y la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE con fecha de 6 de diciembre de 2023, los cuales son documentos sobrevivientes a la iniciación de este proceso pero que se incorporaron al plenario en legal forma.

Ese Otrosí No. 4 arroja una información igualmente disímil sobre la situación de las tres convocantes en la fiducia mercantil, pues en la cláusula DECIMO QUINTA de ese documento se enlistan los beneficiarios y fideicomitentes del fideicomiso, indicándose que SINDICATO ANTIOQUEÑO DE NESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR” tiene una participación allí equivalente al 1,5168% y FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD” una participación del 3,8532%, mientras que SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER” no hace parte del listado de los pertenecientes al fideicomiso.

3.2.3. La cesión de derechos y de contratos en general.

Es importante insistir en que las convocantes no hicieron parte del proceso creativo del contrato de fiducia mercantil y del primer contrato de arrendamiento y comodato, y para lograr el ingreso al uno o al otro luego de creados debía mediar el cumplimiento de unas exigencias legales que les permitiera tomar la relación respectiva en el estado en el que se encontraba. Entonces, se trata de dos relaciones jurídicas diferentes, una la emanada del contrato de fiducia mercantil y otra la del arrendamiento y comodato precario, que si bien a la fecha de nacimiento y de cesión de estos dos últimos, el 30 de junio de 2011, pudo coincidir que quienes tenían la calidad de fideicomitentes y beneficiarios también resultaron teniendo la de arrendadores, pero, se itera, son negocios que de manera independiente pueden continuar su vida jurídica sin necesidad de que persista dicha coincidencia, esto es, que quien tenga la calidad de fideicomitente y beneficiario no le implica también el tener la de arrendador y comodante, como se verá más adelante.

La figura de la cesión, en general, está regulada en el Título XXV del Libro Cuarto del Código Civil, que trata “*De las Obligaciones en General y de los Contratos*”. En el repaso del contenido de dicho Título se verifica que hay tres tipos de cesiones: la de créditos personales (Capítulo I), la del derecho de herencia (Capítulo II) y la de los derechos litigiosos (Capítulo III). Por otro lado, el Capítulo VI del Título I del Libro Cuarto del Código de Comercio, que trata “*De los Contratos y Obligaciones Mercantiles*”, se refiere a la cesión de contratos, sus condiciones y efectos.

En general, la cesión se entiende como la transferencia de los derechos sobre un crédito o un contrato que hace una persona -cedente- a otra -cesionario- para que esta última, como nuevo titular, los ejerza a nombre propio. Se impone precisar que, en rigor, la cesión de un derecho se agota exclusivamente en la transferencia del activo mismo, mientras que la cesión del contrato comporta la transferencia de la titularidad de la respectiva posición contractual, con todo lo que de ello puede derivar en punto a los derechos y las obligaciones -cesión de activos y pasivos- radicados en cabeza del contratante respecto del cual opera la respectiva posición.

En el caso que ocupa la atención del Tribunal, no se conoció en el proceso la forma en la que cada uno de los convocantes hubo sus derechos de participación en el contrato de fiducia mercantil suscrito con ALIANZA FIDUCIARIA, y la manera en que se produjeron las variaciones porcentuales que en el transcurrir de la relación han sufrido dichas participaciones, si bien, se itera, para ambas partes en este proceso es pacífica la postura de que las tres entidades tienen la calidad de fideicomitentes y beneficiarios.

Por otro lado, en lo que respecta al contrato de arrendamiento y comodato celebrado por escrito de 30 de junio de 2011, no se adujo ni se acreditó dentro del proceso la cesión escrita donde constara que a ANESTESIAR, DARSER y FEDSALUD, con el cumplimiento de los requisitos legales para ello, se les hayan trasladado los derechos y obligaciones propios de los arrendadores y comodantes de ese contrato. Es necesario precisar que por haber pasado ese contrato de una persona arrendadora-comodante a una multiplicidad de personas arrendadoras-comodantes, en virtud de la única cesión conocida, no significó ello la desmembración, o la posibilidad de hacerlo, de un contrato que en realidad es único, con objeto único consistente en la disposición de la tenencia del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria N° 01N-5272562, y que por ello cada uno de estos nuevos integrantes (cesionarios) de un vínculo jurídico ya existente cuente con un contrato propio, autónomo e independiente que lo faculte legalmente a actuar por separado en desarrollo del mismo.

Con el recaudo de la prueba documental y testimonial logra entenderse que para las personas que han tenido que ver con el fideicomiso, de uno u otra forma, es común el haber tergiversado la calidad de fideicomitente y beneficiario con la de arrendador y comodante, creyéndose erradamente que por hacer parte válidamente en el contrato

de fiducia mercantil automáticamente se ingresaba como arrendador y comodante en el contrato de tenencia de 30 de junio de 2011. Se dio pie a esta situación por lo estipulado en dicho escrito de arrendamiento y en el documento privado de 3 de mayo de 2011 denominado *“FIDEICOMISO CLINICA DEL NORTE – MODIFICACION TOTAL”*; pues en ambos se estableció, como ya se reseñó, que el arrendatario pagaría los cánones *“a cada uno de los fideicomitentes en una cuenta previamente matriculada por cada fideicomitente en las oficinas del ARRENDATARIO, a prorrata de su respectiva participación en el presente FIDEICOMISO.”* Así las cosas, se estipuló en favor de otro cuando se acordó que el pago no se haría al arrendador, como es lo habitual en el comercio para este tipo de relaciones, sino que los dineros los recibiría una persona cuyo derecho al pago no se le derivaba de la calidad de arrendador sino de la de fideicomitente en un contrato de fiducia mercantil, y ello, de propio, lucía bastante lógico cuando el fideicomiso voceado por ALIANZA FIDUCIARIA era la única persona en la parte arrendadora, pero dicha disposición, por la salida de la fiduciaria del arrendamiento y comodato, condujo al desorden y al caos cuando la entrada y salida de fideicomitentes del fideicomiso no se reflejó en el contrato de arrendamiento, por medio de los correspondientes escritos de cesión, como lo establece la ley, y por esta razón pudieron quedar ligados formalmente, como arrendadores, personas que ya no eran fideicomitentes y que -per se- perdieron todo interés en uno y otro de los contratos, y, por el paso del tiempo y de los crecientes cambios en la pluralidad de fideicomitentes, fue haciéndose más complicado cada vez el poder recomponer el contrato de arrendamiento y comodato para que la parte arrendadora concordara con la realidad de los titulares de los derechos del fideicomiso.

3.2.4. La aparición de los tres contratos de cuentas en participación que se discuten en el proceso - naturaleza jurídica de esa figura jurídica

Son demasiadas las circunstancias que se han suscitado desde la entrada en vigor del contrato de fiducia mercantil, las cuales se ventilaron ampliamente dentro de este trámite y que implicaron a otras personas que pudieron estar inmersas en situaciones análogas a las de los convocantes, pero corresponde al Tribunal mantener el enfoque sobre la puntual situación que se le puso en conocimiento y por ello no se puede perder de vista que el fondo de este asunto versa sobre los contratos de cuentas en

participación que la Fundación Clínica del Norte suscribió con ANESTESIAR, DARSER y FEDSALUD.

Cómo ya se ha esbozado, las convocantes no tienen la calidad de arrendadoras y comodantes en virtud de cesión que se les hubiese hecho sobre el contrato de 30 de junio de 2011, y tampoco se logró establecer que dicho contrato de tenencia se hubiera terminado con el acuerdo escrito en el que se recogía la aquiescencia de todos los que reconstituyeron la parte arrendadora y comodante luego de la cesión que en esa misma fecha les hizo el fideicomiso, como patrimonio autónomo que es. Los pagos que FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE efectuó a las convocantes se entienden por la mera calidad de fideicomitentes que han tenido en el fideicomiso, tal como se pactó en el contrato que el arrendatario firmó con ALIANZA FIDUCIARIA, en consonancia con las instrucciones impartidas en ese sentido en el contrato de fiducia.

Tampoco quedó probado el momento en que cada una de las convocantes, ANESTESIAR, DARSER y FEDSALUD, se hizo a la titularidad de derechos en el fideicomiso y, en virtud de ello, comenzó a percibir dineros originados en el arrendamiento de los inmuebles que el fideicomiso le entregó a FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE. Tampoco se probó la existencia de cesiones realizadas por las convocantes sobre sus derechos fiduciarios.

Lo que sí es indudable en la prueba documental y testimonial recopilada es que durante la ejecución del contrato de arrendamiento y comodato de 30 de junio de 2011 se llegó un momento en el que los fideicomitentes – no necesariamente integrantes de la parte arrendadora en dicho contrato, actuando separadamente, comenzaron a generar unos nuevos documentos individuales bajo la forma de contratos de arrendamiento o de contratos de cuentas en participación, camino este último por el que optaron las convocantes.

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

“La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias

operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

La Corte Suprema de Justicia, en reciente sentencia de casación²⁸, dijo lo siguiente:

“(…)

3. Son partes del contrato de cuentas en participación el denominado "participe gestor" y el "participe inactivo", quienes tienen funciones y obligaciones claramente definidas.

3.1. En lo que hace al gestor le compete realizar las operaciones del contrato en que han tomado interés, con el empleo de la diligencia y cuidado ordinarios, en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida» (art. 507), quien no podrá disponer de la empresa sin autorización de los demás partícipes.

Entre las funciones propias del gestor podrían enunciarse las de llevar la contabilidad, expedir facturas, pagar impuestos, presentar a los socios los estados contables, preparar y presentar las liquidaciones parciales y definitivas cuando ello corresponda.

3.2. El participe inactivo es quien coopera patrimonialmente. En armonía con la condición de "participe oculto", a este le está vedado efectuar actividades relacionadas con la administración del negocio ante terceros.

3.3. De esa clara diferenciación de roles de los partícipes, el legislador fija las relaciones que de esta convención emanan, tanto de ellos entre sí como frente a terceros.

3.3.1. El gestor está obligado a rendir cuentas de su gestión al participe oculto, quien en cualquier tiempo «tendrá derecho a

²⁸ SC4526-2020 de 23 de noviembre de 2023, Radicación 11001 31 03 032 2012-0025701, M.P.Francisco Ternera Barrios

revisar todos los documentos de la participación y a que el gestor le rinda cuentas de su gestión» (art. 512), y a todo aquello que se derive de la clase de actos o actividades para el cual se concretó, respondiendo por la culpa derivada de la falta de cuidado y diligencia.

(...)

3.5. Esta Corporación ha manifestado, que «La asociación no es una persona jurídica; por lo mismo, ella no tiene domicilio social, carece de patrimonio propio, distinto del patrimonio de los asociados. El gestor es reputado único dueño del negocio, en las relaciones externas que produce la participación. Los derechos respectivos de los asociados se determinan por el contrato. Cada uno de ellos debe, como en toda sociedad, hacer un aporte y obligarse a contribuir a las pérdidas que puedan resultar de las operaciones sociales, por lo menos hasta concurrencia de la aportado» (CSJ SC de 10 de jun. de 1952)”.

Se trata, entonces, de un contrato de colaboración empresarial que depende de la efectiva contribución del aporte de los partícipes para el negocio común. La participación de debe hacerse en dinero, bienes o servicios susceptibles de valoración patrimonial; y dichos aportes no producen la aparición de un patrimonio común entre gestor y partícipe oculto, pues las aportaciones de este último ingresan en el patrimonio del partícipe activo o gestor, quien adquiere su titularidad.

3.3. La resolución o terminación del contrato.

Por supuesto, bien conocida es la vigencia de la llamada condición resolutoria envuelta en los contratos bilaterales, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, también registrada, con alguna variante terminológica, en el artículo 870 del Código de Comercio-, en virtud de los cuales, en su orden, *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”*, caso en el cual, agrega la misma norma, *“podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”*, y *“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios”*.

En aras a dilucidar si en el asunto que es objeto de estudio procede la aplicación de la norma antes señalada, es necesario verificar la existencia de los elementos axiológicos que la estructuran, a saber:

- a) La existencia de un contrato bilateral válido.
- b) El incumplimiento del demandado de sus obligaciones a cargo.
- c) El cumplimiento o allanamiento a cumplir sus obligaciones del demandante.

En ese orden de ideas se procede a verificar la existencia del primer presupuesto axiológico.

3.4. La existencia de un contrato válido.

En primer lugar, tiene sentido mencionar, como premisa lógica, la necesidad de existencia de un *contrato válido*, pues es el reconocimiento legal de dicho instrumento jurídico como fuente de las obligaciones²⁹ cuya declaración de terminación por incumplimiento, entre otras motivaciones, se reclama, expresión del postulado de la voluntad al que se ha hecho referencia, lo que legitima la reacción del ordenamiento jurídico cuando se presenta el escenario de desatención o no cabal atención del contenido prestacional derivado del mismo.

Estima el Tribunal que la expresión *contrato válido* ha de entenderse con el alcance amplio que se asocia a la idea jurídica de *contrato eficaz*, lo que supone las hipótesis que pueden resultar de la aplicación o verificación de las consecuencias jurídicas de figuras asociadas al negocio jurídico como la inexistencia, la nulidad y la ineficacia de pleno derecho de distintas maneras consagradas en el ordenamiento patrio (artículos 1502 y 1740 -y siguientes- del Código Civil, y 897 -y siguientes- del Código de Comercio), con aval doctrinario y jurisprudencial que no es necesario desarrollar en esta providencia.

²⁹ Así lo menciona expresamente el artículo 1494 del Código Civil.

Como lo afirma la jurisprudencia, las reglas de la responsabilidad contractual, entendida en sentido amplio, se aplican *“para regular el contenido indemnizatorio de una obligación incumplida previamente nacida de un contrato válido y plenamente eficaz, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil”*³⁰.

La presencia de esa connotación de *contrato eficaz (o existente)*, entendida como la posibilidad real de generación de sus efectos, debe predicarse, como es apenas natural, no solamente desde el momento mismo de la celebración del negocio jurídico de que se trate, pues ello constituye el sustento del carácter vinculante de las obligaciones nacidas del mismo, sino que también debe proyectarse en el tiempo, de modo que tenga permanencia como soporte de la generación de tales efectos vinculantes mientras el contrato tenga vida.

3.5. La existencia de los contratos de cuentas en participación como requisito para el análisis de las obligaciones de las partes en su ejecución

El 8 de septiembre de 2017 se suscribió el contrato de cuentas en participación Nro. 011-09-2017 entre el SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR”, como “PARTÍCIPE INACTIVO” y la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, como “PARTÍCIPE GESTORA”, y en el encabezado del mismo se señala que aquella tiene una participación del 1,5% en el fideicomiso Clínica del Norte.

El 8 de septiembre de 2017 se suscribió el contrato de cuentas en participación Nro. 012-09-2017 entre el SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER”, como “PARTÍCIPE INACTIVO” y la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, como “PARTÍCIPE GESTORA”, y en el encabezado del mismo se señala que aquella tiene una participación del 1%, en el fideicomiso Clínica del Norte.

El 1 de enero de 2018 se suscribió el contrato de cuentas en participación Nro. 014-01-2018 entre la FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD”, como “PARTÍCIPE INACTIVO” y la FUNDACIÓN CLINICA DEL NORTE,

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 12 de agosto de dos 2002, Exp. N° 6151.

como “PARTÍCIPE GESTORA””, y en el encabezado del mismo se señala que aquella tiene una participación del 3.198% en el fideicomiso Clínica del Norte..

El texto de cada uno de los tres contratos de cuentas en participación, se reitera, es del mismo tenor, y contempla por objeto lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: Por medio del presente Contrato, LAS PARTES acuerdan la participación conjunta en EL MANEJO, EXPLOTACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y EXCLUSIVIDAD del edificio donde funciona actualmente la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE y el parqueadero anexo a dicha edificación. Para efectos de los anterior y de acuerdo con los establecido en el artículo 507 y subsiguientes del Código de Comercio, LA PARTÍCIPE GESTORA será la encargada y responsable de la administración, promoción y realización de las actividades tendientes al desarrollo del NEGOCIO CONJUNTO y LAS PARTES definirán conjuntamente la totalidad de las condiciones y circunstancias en las cuales realizará su labor LA PARTÍCIPE GESTORA.”

Los aportes de las partes se establecieron en los siguientes términos:

“CLÁUSULA CUARTA. APORTES AL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: LAS PARTES se comprometen en general, a aportar su capacidad para la óptima y cumplida gestión de la actividad que comparte el NEGOCIO CONJUNTO y a ejecutar conjuntamente las operaciones que sean necesarias para tal efecto. LA PARTÍCIPE INACTIVA al momento de la firma de este Contrato ha hecho entrega material a LA PARTÍCIPE GESTORA a título de aporte al presente contrato de Cuentas en Participación, la administración de los inmuebles a efectos de que lo destine exclusivamente a la realización de las Actividades que constituyen el NEGOCIO CONJUNTO, obligándose a la restitución inmediata del mismo a la terminación del Contrato. El inmueble objeto del contrato corresponde a la edificación levantada en el lote situado en el barrio NIQUÍA del Municipio de Bello (Antioquia), el cual tiene las siguientes especificaciones:

Área de lote que ocupa la edificación: 6.213 metros cuadrados

Área construida: 12.000 metros cuadrados

Pisos: dos sótanos y nueve pisos

Las comodidades y especificaciones técnicas se consagran en el ANEXO Nro. 1.

LA PARTÍCIPE GESTORA, aportará su gestión administrativa y manejo de personal y en general sus conocimientos en el ramo de la prestación de servicios médicos y hospitalarios a efectos de prestar al público los servicios de salud y servicios de parqueadero, para el personal que labora y público en general que laboran e ingresan en la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE.

PARÁGRAFO PRIMERO. El lote sobre el cual se levanta la edificación objeto de arrendamiento y comodato se identifica así:

LOTE No. 1ª, con un área de terreno de 6.213 metros cuadrados con los siguientes linderos particulares así: Por el norte en parte con el Colegio Fe y Alegría y en parte con la quebrada la Señorita, por el occidente con la avenida 38, por el sur con el lote No. 1B (De esta subdivisión) (Diagonal 59) por el medio oriente, con la quebrada la Señorita. Inmueble identificado con el folio de MATRÍCULA INMOBILIARIA No. 01N-5272562, sobre el cual se construyó LA CLÍNICA DEL NORTE. El lote fue adquirido por el FIDEICOMISO a título de compra efectuada al MUNICIPIO DE BELLO, según consta en la escritura Nro. 1007 del 30 de abril de 2007 de la Notaría 1º de Bello, aclarada la matrícula inmobiliaria por la Resolución de Catastro No. 668 del 31 de octubre de 2007 y la clínica fue construida con recursos del Fideicomiso.”

En este punto obliga dirigir el análisis a profundizar en lo relacionado con el objeto del contrato y con los aportes de ambas partes necesarios para la concreción del negocio común, en función de lo estatuido en el artículo 1501 del Código Civil:.

“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no

produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. ””

Del texto del citado objeto contractual se comprende la intención de las partes de tomar interés conjunto en el uso y goce del edificio donde funciona actualmente la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE y del parqueadero anexo a dicha edificación; y a continuación, en el apartado de los aportes, se menciona que *el inmueble objeto del contrato corresponde a la edificación levantada en el lote situado en el barrio NIQUÍA del Municipio de Bello (Antioquia)*, dándose a entender así que el negocio común versa sobre el aprovechamiento de unos inmuebles. No obstante, más adelante en esa misma cláusula de los aportes se dice que *”LA PARTÍCIPE GESTORA, aportará su gestión administrativa y manejo de personal y en general sus conocimientos en el ramo de la prestación de servicios médicos y hospitalarios a efectos de prestar al público los servicios de salud y servicios de parqueadero, para el personal que labora y público en general que laboran e ingresan en la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE.”*; dándose a entender ahora que el negocio común se refiere al funcionamiento de una clínica.

Ante estas vacilaciones, es relevante la postura asumida en el proceso por la parte demandada en cuanto a su franca oposición a la prosperidad de las pretensiones demandatorias, sustentándose en que se está frente a unos contratos de cuentas en participación aparentes, sin un trasfondo real, y ello conduce a comprender que las inconsistencias o situaciones farragosas en que incurrieron las partes en estos tres contratos se justifiquen en que le restaron importancia a su contenido, en el momento de su suscripción, pues ya mediaban otros documentos o contratos de mayor importancia en los que se consagraban relaciones que tenían verdaderas repercusiones entre las partes.

Ya se ha dicho con amplitud lo encontrado con respecto a que no se conoció en el proceso la forma en la que cada uno de los convocantes hubo sus derechos de participación en el fideicomiso, y las variaciones porcentuales que han venido sufriendo

dichas participaciones, hasta el punto en que en el último modificatorio de la fiducia no figura DARSER como uno de los fideicomitentes. Igualmente se explicó lo acontecido con el contrato de arrendamiento de 30 de junio de 2011, en el que las convocantes no detentan la calidad de arrendadoras pero percibieron una fracción de los cánones de arrendamiento que se causaban mensualmente por ser beneficiarias del fideicomiso Clínica del Norte y, a lo anterior, y en punto a los contratos de cuentas en participación, se verificará lo ocurrido con los aportes de los contratantes y su consonancia con el objeto contractual.

Entonces, a dichas cuentas en participación les antecede el contrato de arrendamiento y comodato de 30 de junio de 2011 con el que, en desarrollo del contrato de fiducia, el Fideicomiso Clínica del Norte, voceado por ALIANZA FIDUCIARIA, entregó la tenencia material a la FUNDACION CLINICA DEL NORTE y a INVERSIONES SALUD ANTIOQUIA S.A.S. de lo siguiente:

PRIMERA: OBJETO:

1.1. ARRENDAMIENTO. EL ARRENDADOR ENTREGA a título de ARRENDAMIENTO a EL ARRENDATARIO, quien a su vez recibe al mismo título, el uso y goce sobre la edificación levantada en el lote situado en el barrio Niquía del Municipio de Bello (Antioquia), el cual tiene las siguientes especificaciones:

Area de lote que ocupa la edificación: 6.213 MTS²

Área construida 12.000 MTS² Pisos: dos sótanos y nueve pisos.

(...)

1.2 COMODATO. EL COMODANTE entrega igualmente el uso y goce a título de COMODATO PRECARIO, sobre el resto del inmueble no construido, para ser destinado a parqueadero de los clientes (...)

Inmueble identificado con el folio de MATRÍCULA INMOBILIARIA No. OIN-5272562, sobre el cual se construyó LA

CLÍNICA NORTE. El lote fue adquirido por el FIDEICOMISO a título de compra efectuada al MUNICIPIO DE BELLO, según consta en la escritura Nro. 1007 del 30 de abril de 2007 de la Notaría 1° de Bello, aclarada la matrícula inmobiliaria por la Resolución de Catastro No 668 del 31 de octubre de 2007 y la clínica fue construida con recursos del Fideicomiso. (...)”

No hay lugar a dudas de que es el mismo el inmueble el que se menciona en el objeto del contrato de arrendamiento y comodato y el que se individualiza en razón de los aportes de las partes en el contrato de cuentas en participación, y por ello, en función del acuerdo de colaboración empresarial, corresponde descifrar lo realmente ocurrido con dichos aportes, habida cuenta de la oscuridad que arroja el contrato en ese sentido y de la situación que en contexto ha quedado revelada.

Comenzando con el aporte a que se comprometieron los partícipes ocultos en cada uno de los tres contratos, se constata que dicha parte no ha sido titular del derecho de dominio sobre el referido inmueble, pues el mismo fue adquirido directamente y con anterioridad por el fideicomiso, para posteriormente edificarse las mejoras existentes, y no ha salido de la esfera de su propiedad, además de que continúa vigente el patrimonio autónomo que para ese efecto fue constituido. El partícipe oculto tampoco ha sido tenedor material de dicho inmueble, bajo ningún título, pues ingresaron como fideicomitentes después del 30 de junio de 2011, o sea cuando ya estaba en vigor el contrato de arrendamiento y comodato con el que el Fideicomiso Clínica del Norte entregó materialmente el inmueble a la FUNDACION CLINICA DEL NORTE y a INVERSIONES SALUD ANTIOQUIA S.A.S. Cabe recordar que en este proceso no quedó acreditada la terminación de este último contrato y mucho menos la ocurrencia de la restitución o el desprendimiento material por parte de los tenedores. Además, también consta en el proceso la suscripción de otro contrato de arrendamiento, con fecha de 6 de diciembre de 2023, entre ALIANZA FIDUCIARIA – como vocera del fideicomiso- y la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE sobre el mismo inmueble ya identificado.

En los contratos de cuentas en participación se expresa que ANESTESIAR, DARSER y FEDSALUD tienen una participación en el fideicomiso Clínica del Norte del 1,5%, 1% y 3,198%, respectivamente, y no se insinuó, ni se demostró en el proceso, que su aporte

al negocio conjunto recayera sobre la totalidad o parte de los derechos como integrante del lado fideicomitente y beneficiario en dicho contrato fiduciario, pues no existió transferencia o cesión de titularidad sobre los mismos en favor de FUNDACION CLINICA DEL NORTE en aras del negocio conjunto.

La demanda arbitral, en sintonía con los contratos de participación, busca *“la restitución del porcentaje que le corresponde a cada una de las entidades Convocantes de lo aportado como participes inactivas en los contratos de cuentas en participación”*, y en los hechos en los que fundamenta dicha pretensión expresa que *“LA PARTÍCIPE INACTIVA al momento de la firma de este Contrato ha hecho entrega material a LA PARTÍCIPE GESTORA a título de aporte al presente contrato de Cuentas en Participación, la administración de los inmuebles”*. No solo resulta incoherente lo pretendido en relación con el contenido contractual sobre el aporte a realizar, sino que ni lo uno ni lo otro tuvo lugar, pues, las demandantes no transfirieron jurídicamente derechos fiduciarios (los cuales han presentado variaciones porcentuales en diferentes momentos del fideicomiso) a la Fundación; y tampoco han tenido materialmente el conocido inmueble para poder pensar en la posibilidad de administrarlo y, como consecuencia, de haber podido disponer físicamente su entrega en pro de la participación, adicionando que estas tres entidades no gozan de un derecho inmobiliario (derecho real) sobre el inmueble, y estando verdaderamente sometidos a un contrato de fiducia, en el que aún sumando lo que a las tres corresponde como fideicomitentes (5,698%) – según los porcentajes dichos en el contrato de participación- en cabeza suya está una pequeña fracción de la totalidad de los derechos en dicho contrato que, se itera, es administrado y voceado por ALIANZA FIDUCIARIA, según las instrucciones claramente establecidas por los fideicomitentes, y a cuyo patrimonio autónomo está afectado el derecho de dominio pleno del inmueble. En conclusión, ANESTESIAR, DARSER y FEDSALUD no le realizaron aportes a FUNDACION CLINICA DEL NORTE en torno a los contratos de cuentas en participación.

De otro lado, en lo que respecta al aporte a que se comprometió la partícipe gestora en cada uno de los tres contratos, tendiente a *“su gestión administrativa y manejo de personal y en general sus conocimientos en el ramo de la prestación de servicios médicos y hospitalarios a efectos de prestar al público los servicios de salud y servicios de parqueadero, para el personal que labora y público en general que laboran e ingresan en*

la FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE.”; si bien es diáfano que en el dicho inmueble esta partícipe tiene en funcionamiento la Clínica del Norte no significa que dicha empresa opere en torno a un contrato de cuentas en participación, es decir, no hay ninguna circunstancia que demuestre que dicha clínica realmente funcione en el marco de una colaboración empresarial o un emprendimiento conjunto de FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE con ANESTESIAR, DARSER y FEDSALUD, de forma tal que se comparta una cierta proporción en el riesgo de las ganancias y pérdidas derivadas de dicha operación, y para cuyo cálculo se hace indispensable una liquidación periódica de las cuentas de la empresa, como se estatuye en la ley y como se dispuso en el texto del contrato, y la dicha rendición de cuentas y división entre partícipes de los resultados positivos o negativos del negocio no ocurrió, como se desprende de la prueba testimonial y de la ausencia de documentos demostrativos de lo contrario. La convocada venía operando la clínica desde años atrás, tenía material y legítimamente el inmueble en virtud de un contrato de arrendamiento y de comodato, no recibió aportes de las convocantes para el desarrollo de una empresa común y, por todo lo anterior, no hizo su aporte a los contratos de cuentas en participación porque nunca sintió que estaba asociada en la operación de la clínica.

No es necesario abundar en otras posibles situaciones que se avizoran en los tres contratos de cuentas en participación para entender que se trata de actos superfluos, que no produjeron ninguna creación o transformación jurídico-negocial y que sólo se explican por la decisión de las partes de darle un manejo contable o tributario diferente a sus vínculos económicos.

Así las cosas, la falta de reales aportes de ambas partes para el desarrollo del contrato en el que tomaron interés lo hace inexistente, al tenor del imperativo del artículo 1501 del Código Civil, en cuanto a que son cosas de su esencia y que sin ellas no produce efecto alguno. Es contundente esta apreciación desde lo formal del contrato, y queda despejada cualquier duda sobre su ineficacia con el conocimiento que se obtuvo de los hechos en que el mismo se enmarcó.

4. EL ANÁLISIS CONCLUSIVO DEL TRIBUNAL.

4.1. Las consideraciones y conclusiones del Tribunal.

Con base en todo lo que ha quedado dicho en esta parte motiva, que se desprende del análisis individual y conjunto de toda la prueba recaudada en el proceso, el Tribunal procede ahora a puntualizar las consideraciones que estima son relevantes para perfilar las conclusiones en punto a la orientación decisoria respecto de las pretensiones de la demanda. Varios aspectos, de distinta índole, forman parte del estudio del Tribunal, y se procederá a hacer su análisis de forma separada.

4.1.1. De la verificación de los requisitos exigidos para el estudio del contrato del que se predica el incumplimiento y la terminación contractual.

Un tópico de análisis, por supuesto indispensable, tiene que ver con la verificación de la concurrencia -o no- en el caso *sub-lite* de los requisitos exigidos para la configuración de la terminación contractual, eje central de la reclamación arbitral, como se ha señalado suficientemente; en este específico contexto, se destacan las siguientes reflexiones:

Como se dijo sobre los requisitos en cuestión, desde la óptica del tratamiento jurisprudencial, en primer lugar se exige, como premisa lógica, la necesidad de existencia de un *contrato válido*, fuente de las obligaciones sobre cuyo cumplimiento o incumplimiento se discute en el proceso, expresión que, según también ya se precisó, ha de entenderse con el alcance amplio que se asocia a la idea jurídica de *contrato eficaz* a la que se ha hecho alusión, la cual debe predicarse, por supuesto, del momento mismo de la celebración del negocio jurídico de que se trate, y debe proyectarse en el tiempo, de modo que tenga permanencia como soporte de la generación de los efectos vinculantes mientras el contrato tenga vida jurídica.

En consecuencia, para el Tribunal razonablemente se impone concluir, de cara a las pretensiones de la demanda de declaración de terminación del contrato, que no tiene cabal verificación el primer requisito exigido para su prosperidad -el de la existencia y/o eficacia del mismo-, pues en virtud de lo sucedido con la falta del aporte de ambas partes del contrato para el negocio común, no podría considerarse el haber existido ciertamente el contrato, en los términos y con el alcance que se ha puntualizado.

4.1.2. El pronunciamiento específico sobre las pretensiones de la demanda y sobre las excepciones propuestas como medio defensivo.

De conformidad con lo que ha quedado expuesto, en la parte resolutive de la providencia se consignará la desestimación o negación de las pretensiones de la demanda, pues, por las distintas razones suministradas a lo largo la parte motiva, no se configuran los requisitos requeridos para la configuración de la terminación contractual por incumplimiento del demandado o por la voluntad unilateral del demandante habilitada en el contrato, como se impetró en la demanda, lo que comprende la desestimación o negación de la reclamación de la declaración de terminación propiamente dicha (pretensión primera), (ii) de la restitución del porcentaje que le corresponde a cada una de las entidades convocantes de lo aportado como participes inactivas (pretensión segunda) y (iii) del pago de las sumas de dinero concerniente a facturas o utilidades -causadas o por causarse-y los intereses moratorios (pretensión tercera, cuarta y quinta). Sobre “costas” (pretensión sexta), se hará el correspondiente pronunciamiento en capítulo separado de esta misma providencia.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima conveniente precisar que el alcance de la decisión anunciada, como es natural, está referido exclusivamente a la desestimación de las pretensiones incoadas en la demanda en los términos en que se ha señalado, sin que, por razón de su propia competencia y del principio de congruencia perfilados en apartado anterior de esta providencia, pueda hacerse pronunciamiento decisorio en relación con otros escenarios jurídicos que podrían hipotéticamente considerarse para establecer la realidad jurídica definitiva de los contratos de arrendamiento, comodato y fiducia conectados con este litigio arbitral, delimitado por el *petitum* reseñado en forma reiterada-, con los consecuentes efectos que de tales otros escenarios se pudieran derivar.

En lo que respecta a las excepciones de mérito planteadas por la parte convocada en su contestación de demanda, no procede adentrarse en su revisión toda vez que se hace innecesario en virtud de la falta de prosperidad de todo lo pretendido con la demanda.

4.2. Otros pronunciamientos del Tribunal.

4.2.1. El juramento estimatorio.

El artículo 206 del CGP, modificado por la Ley 1743 de 2014, establece:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación. (...)

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

(...)

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

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Como se observa, la norma consagra la aplicación de una sanción a cargo de quien realiza el juramento estimatorio, cuando lo estimado exceda en un 50% la suma que finalmente resulte probada, o cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, siempre que ello se deba al actuar negligente o temerario de la parte, con apego a los parámetros señalados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-157 de 2013, C- 279 y C-332 de 2013, a cuyo contenido basta con remitir.

En el hecho 12 de la demanda arbitral se plasmaron unos valores mensuales que las convocantes facturaron a la convocada, y esta última, en su pronunciamiento a este hecho en la respectiva contestación, confirma que esos valores se corresponden con los de las mensualidades que pagan por la tenencia del inmueble.

En esta materia cabe indicar que en el presente asunto la no prosperidad de las pretensiones de la demanda tiene origen en la no concurrencia de los requisitos sustanciales exigidos para la terminación contractual cuya declaración se solicita, en el entendido que los pedimentos efectuados, si bien no se acogieron -por las razones expuestas ampliamente en esta providencia-, no lucen arbitrarios ni temerarios.

Por último, valga preciar que para el Tribunal es claro que, a voces del artículo 206 del CGP, el juramento estimatorio tiene virtualidad para servir, en los términos y con el alcance señalado en la misma disposición, como prueba del monto del perjuicio o compensación que se reclama, no como prueba de la existencia del derecho sustancial pretendido, por lo que ninguna consecuencia se produce en ese campo de lo sustancial por razón de la objeción del juramento que, en los términos en que fue planteada en la contestación de la demanda, apunta única y exclusivamente a debatir la existencia del derecho y no a rebatir el monto de lo estimado por el demandante.

4.2.2. La conducta procesal de las partes.

La frase final del primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso, referente al contenido de las sentencias -aplicable en materia arbitral, y por consiguiente a los laudos arbitrales, artículo 1º *ibídem*-, establece que “*El juez siempre*

deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”.

El Tribunal manifiesta que durante todo el proceso, las partes y sus apoderados obraron, en el ámbito de lo formal, con apego a las prácticas de una adecuada conducta procesal, y por ello no hay lugar a deducir, en la esfera del derecho sustancial y probatorio aplicable en este caso, indicios que pudieran alterar el sentido de la decisión de fondo sobre la controversia; la naturaleza y alcance de los argumentos sustanciales, procesales y probatorios que fundamentan la decisión desestimatoria de las pretensiones de la demanda.

CAPÍTULO III COSTAS

El artículo 365 del Código General del Proceso prevé:

“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

En este proceso, la totalidad de las partidas de honorarios y gastos fijadas para el funcionamiento del Tribunal fueron sufragadas por las convocantes, como se señaló en el acta de la audiencia surtida el 12 de diciembre de 2023, por un valor total de \$18.539.818; y por no haberle reembolsado la convocada la porción que le correspondía en dichos honorarios y gastos, la parte actora solicitó la certificación de que trata el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la cual se expidió el 12 de febrero de 2024, por valor de \$9.269.909. En el expediente no hay constancia de que luego de expedida y entregada la certificación haya ocurrido el reembolso o se haya iniciado su reclamación en sede judicial.

Está anunciado el resultado desestimatorio de todas las pretensiones de la demanda, y está visto que el mismo se produce por la no configuración de los requisitos esenciales para la existencia del contrato eje de la reclamación, en un contexto caracterizado, además, por la concurrencia de la parte demandada a los síntomas que afectaron el contrato de cuentas en participación.

Como consecuencia de todo lo dicho, porque ambas partes dieron pie a la inexistencia de los contratos, no habrá condena en costas a favor ni a cargo de ninguna de las partes, de modo que, conforme a lo recién indicado sobre la forma en que fueron cubiertas las partidas de honorarios y gastos fijadas para el funcionamiento del Tribunal, las convocantes deben asumir la proporción a su cargo (50%), y la convocada otro tanto (50%), por lo que el derecho al reembolso de este último componente previamente aludido, conserva vigor como título ejecutivo, conforme a la certificación que en su momento se le expidió a las partes convocantes en razón de dicho pago.

CAPÍTULO IV DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR”, SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER” Y FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD”, parte convocante, y FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE, parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. **Negar** las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda arbitral, en los términos, por las razones y con el alcance indicados en la parte motiva de esta providencia.
2. **Abstenerse** de imponer condena en costas (pretensión sexta), en los términos, por las razones y con el alcance indicados en la parte motiva de esta providencia.
3. **Abstenerse** de imponer sanciones derivadas del artículo 206 del Código General del Proceso.
4. **Disponer** que se expidan copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.
5. **Disponer** que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

El presente Laudo Arbitral queda notificado en estrados, en audiencia celebrada por medios electrónicos el treinta y uno (31) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).



CARLOS MANUEL OSSA ISAZA

Arbitro



MAURICIO ALEJANDRO ZULUAGA ESCOBAR

Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL Y NOTA DE AUTENTICACIÓN

El Secretario deja constancia que esta es copia auténtica del laudo proferido el 31 de mayo de 2024, en el Proceso Arbitral promovido por **SINDICATO ANTIOQUEÑO DE ANESTESIOLOGÍA “ANESTESIAR”, SINDICATO DE PROFESIONES Y OFICIOS DE LA SALUD “DARSER” Y FEDERACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD “FEDSALUD” EN CONTRA DE FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE**, con radicado 2023 A 0037. Consta de 59 folios en original.

Medellín, 31 de mayo de 2024.



MAURICIO ALEJANDRO ZULUAGA ESCOBAR

Secretario

VIGILADO

Ministerio de Justicia y del Derecho