

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

TABLA DE CONTENIDO

I	ANTECEDENTES	2
1.	PARTES	2
1.1.	<i>Parte Convocante</i>	2
1.2.	<i>Parte Convocada</i>	2
2.	PACTO ARBITRAL	2
3.	TRÁMITE ARBITRAL	3
4.	PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE	5
5.	PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS	5
6.	AUDIENCIA DE ALEGACIONES	11
7.	DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR	12
8.	POSTURA DE LAS PARTES	13
8.1.	<i>Síntesis de los hechos:</i>	13
8.2.	<i>Pretensiones:</i>	16
8.3.	<i>Contestación a la demanda:</i>	18
II	CONSIDERACIONES	19
1.	PRESUPUESTOS PROCESALES	19
2.	LOS PROBLEMAS JURÍDICOS SOMETIDOS A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL, CONFORME A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y SU INTERPRETACIÓN	20
3.	ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES	37
4.	DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LAS CONVOCADAS	131
5.	CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES	143
6.	DEL JURAMENTO ESTIMATORIO	143
7.	GASTOS Y COSTAS DEL PROCESO	145
III	DECISIÓN	147

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ
CONTRA
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME
S.A.S.**

LAUDO ARBITRAL

Medellín, cuatro (4) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la audiencia de fallo, el tribunal arbitral profiere en derecho y por unanimidad el laudo que dirime la presente controversia.

I ANTECEDENTES

1. Partes

1.1. Parte Convocante

Es **JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ**, identificado con cédula de ciudadanía N° 10.104.554.

1.2. Parte Convocada

Es **BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, identificada con NIT 900.795.172-4, y

BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., identificada con NIT 900.757.791-1.

2. Pacto Arbitral

El pacto arbitral está contenido en el artículo XVII, sección 17.6, del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE INVERSIÓN celebrado el 13 de diciembre de 2017, el cual establece lo siguiente:

“Sección 17.6 Solución de Controversias: Toda controversia o diferencia

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

relativa a este Contrato, con excepción del cobro ejecutivo de obligaciones, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento (el “Tribunal”), de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 1563 de 2012 y demás normas que lo modifiquen y/o complementen, de acuerdo con las siguientes reglas:

- (a) Los árbitros serán tres (3).*
- (b) Los árbitros serán designados por mutuo acuerdo entre las partes. El o los árbitros que no pudieren ser designados por mutuo acuerdo, serán designados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín a solicitud de cualquiera de las partes.*
- (c) El arbitraje será legal.*
- (d) La sede del Tribunal será la ciudad de Medellín.*
- (e) El Tribunal decidirá en derecho.”.*

3. Trámite arbitral

- 3.1.** El 7 de septiembre de 2020, el señor **JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ**, mediante apoderada especial, presentó ante el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, demanda arbitral contra las sociedades **BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S** con fundamento en el pacto arbitral estipulado el artículo XVII, sección 17.6, del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE INVERSIÓN suscrito el 13 de diciembre de 2017.
- 3.2.** Previa las citaciones del Centro de Arbitraje, en audiencia celebrada el 22 de septiembre de 2020, las partes de común acuerdo, nombraron como árbitros a los doctores Jorge Parra Benítez, Jorge Gabino Pinzón Sánchez y Juan Luis Moreno Quijano, quienes aceptaron su nombramiento en la oportunidad legal y presentaron la declaración de independencia e información consagrada en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, frente a lo cual las partes guardaron silencio.
- 3.3.** Luego de las citaciones respectivas, mediante auto N° 1 proferido en audiencia del 26 de octubre de 2020, el Tribunal se declaró instalado; fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, reconoció personería a los apoderados de las partes; designó como secretario al doctor Juan David Posada Gutiérrez, quien aceptó el nombramiento y suministró la información requerida por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, la cual no mereció reparo de las partes

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

dentro del término previsto en dicha ley, procediendo así con la posesión de su cargo el 4 de noviembre de 2020; y se advirtió la aplicación en el trámite arbitral de la Ley 1563 de 2012. A través del auto N° 2, adicionado por el auto N° 3 proferido en la misma audiencia, se inadmitió la demanda, concediéndose el término de cinco (5) días para subsanar los requisitos exigidos.

- 3.4.** El 30 de octubre de 2020, la parte convocante presentó la subsanación de los requisitos exigidos por el tribunal y, mediante auto N° 4 del 4 de noviembre del mismo año, se procedió con la admisión de la demanda y se dispuso su notificación y traslado a la parte convocada, por el término de veinte (20) días hábiles.
- 3.5.** Las sociedades que conforman la parte convocada fueron notificadas de manera electrónica el 6 de noviembre de 2020, y, dentro de la oportunidad legal, contestaron la demanda y propusieron excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio.
- 3.6.** De conformidad con el parágrafo del artículo 9 del decreto 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante recorrió el traslado de las excepciones de mérito, pronunciándose al respecto y solicitando el decreto y práctica de nuevo material probatorio.
- 3.7.** Integrada debidamente la Litis, el Tribunal, mediante auto N° 05 del 11 de diciembre de 2020, procedió a dar el respectivo traslado al convocante de las objeciones al juramento estimatorio formuladas por las convocadas, al igual que procedió a fijar fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación y, en caso de fracasada ésta, proseguir con la fijación de honorarios y gastos del proceso, para el día 14 de enero de 2021.
- 3.8.** En la fecha antes programada, con el fin de analizar las ideas expuestas y lograr un acuerdo conciliatorio, las partes solicitaron la suspensión de la diligencia, fijándose como nueva fecha el 1 de febrero de 2021.
- 3.9.** En esta nueva fecha, a las 9:00 a.m., se continuó con la audiencia de conciliación y, ante su fracaso, se declaró agotada la etapa de conciliación, luego de lo cual se fijaron los honorarios y costos legales a cargo de las Partes, todo ello con sujeción a las tarifas del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, decisión

que no fue objeto de recurso. Asimismo, dentro de la mencionada audiencia, se fijó el 25 de febrero de 2021, para llevar a cabo la primera audiencia de trámite, en caso de que los honorarios y gastos del proceso fueran consignados por las partes, de manera oportuna y completa, como efectivamente ocurrió.

4. Primera audiencia de trámite

- 4.1.** Agotado debidamente todo el trámite preliminar del proceso, se dio inicio a la primera audiencia de trámite en la fecha anunciada. En esta oportunidad el Tribunal asumió competencia para resolver las controversias presentadas al proceso, a través del auto N° 9 del 25 de febrero de 2021, decisión que no fue objeto de recurso por las Partes. Luego, a través del auto N° 10, fueron decretadas las pruebas solicitadas en el proceso.

5. Pruebas decretadas y practicadas

- 5.1.** Estando en firme la decisión mediante la cual el Tribunal asumió la competencia, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes fijando fecha de las audiencias correspondientes para su práctica, así:

“I. SOBRE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CONVOCANTE

A. DOCUMENTALES

TÉNGANSE COMO PRUEBAS, CON EL MÉRITO LEGAL PROBATORIO QUE A CADA UNO CORRESPONDA, LOS DOCUMENTOS RELACIONADOS Y EFECTIVAMENTE APORTADOS CON LA DEMANDA Y EL ESCRITO MEDIANTE EL CUAL DESCORRIÓ EL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO.

B. TESTIMONIALES

SE DECRETA LA PRÁCTICA DE LAS DECLARACIONES DE LOS SIGUIENTES TESTIGOS SOLICITADOS POR LA PARTE DEMANDANTE EN SU ESCRITO DE DEMANDA:

- MAURICIO ALEJANDRO MOLINA URIBE***
- JUAN PABLO ÁNGEL***
- CAROLINA JARAMILLO***
- GONZALO RESTREPO LÓPEZ***

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

- DANIEL RUEDA RESTREPO

EN RELACIÓN CON LA DECLARACIÓN DE TERCEROS ANTES DECRETADA Y RELACIONADA, SE PONE DE PRESENTE (I) QUE LAS MISMAS SE CIRCUNSCRIBIRÁN EstrictAMENTE A LO INDICADO EN LA RESPECTIVA SOLICITUD; Y (II) EL TRIBUNAL TENDRÁ EN CUENTA LA FACULTAD QUE CONFIERE EL ARTÍCULO 212 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (“C.G.P.”) PARA “LIMITAR LA RECEPCIÓN DE LOS TESTIMONIOS CUANDO CONSIDERE SUFICIENTEMENTE ESCLARECIDOS LOS HECHOS MATERIA DE ESA PRUEBA, MEDIANTE AUTO QUE NO ADMITE RECURSO.”

C. INTERROGATORIO DE PARTE

DECRETAR EL INTERROGATORIO DE PARTE DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LAS SOCIEDADES QUE CONFORMAN LA PARTE CONVOCADA, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., PARA QUE SEAN INTERROGADOS EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN LA SOLICITUD PLANTEADA EN LA DEMANDA.

D. DECLARACIÓN DE PARTE

SE DECRETA LA DECLARACIÓN DEL SEÑOR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ, PEDIDA POR SU APODERADA, LA CUAL SE LLEVARÁ A CABO DESPUÉS DE SURTIDOS LOS INTERROGATORIOS DE PARTE Y VERSARÁ, EN CASO DE PRACTICARSE, SOBRE HECHOS SOBRE LOS CUALES NO HAYA TRATADO EL INTERROGATORIO, TENIENDO EN CUENTA EN TODO CASO EL ESCRITO DE LA DEMANDA Y DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 165 Y 198 DEL C.G.P. SE OBSERVARÁN EN SU PRÁCTICA LAS REGLAS DISPUESTAS PARA EL TESTIMONIO, CON LA ADVERTENCIA DE QUE EL DECLARANTE NO PODRÁ APORTAR DOCUMENTOS EN SU DECLARACIÓN.

E. DICTAMEN PERICIAL

EN RELACIÓN CON LA SOLICITUD FORMULADA EN LA DEMANDA, Y ADICIONADA EN EL PRONUNCIAMIENTO QUE LA PARTE CONVOCANTE HIZO FRENTE A LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS, SE CONCEDERÁ UN TÉRMINO QUE SERÁ FIJADO MÁS ADELANTE PARA QUE APORTE LOS DICTÁMENES PERICIALES CONTABLE – FINANCIERO Y DE GERENCIA DE PROYECTOS INMOBILIARIOS ANUNCIADOS, QUE VERSARÁN SOBRE LOS OBJETOS QUE SE INDICARON EN DICHAS PIEZAS

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

PROCESALES, EXCEPTO AQUELLOS ASPECTOS QUE POR CONSISTIR EN ASUNTOS DE DERECHO ESTÁN RESERVADOS AL TRIBUNAL.

II. SOBRE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CONVOCADA BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

A. DOCUMENTALES

TÉNGANSE COMO PRUEBAS, CON EL MÉRITO LEGAL PROBATORIO QUE A CADA UNO CORRESPONDA, LOS DOCUMENTOS RELACIONADOS Y EFECTIVAMENTE APORTADOS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

B. TESTIMONIALES

SE DECRETA LA PRÁCTICA DE LAS DECLARACIONES DE LOS SIGUIENTES TESTIGOS SOLICITADOS POR LA PARTE CONVOCADA EN SU ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

- VERÓNICA VÉLEZ ORTÍZ (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- MARÍA CLARA OJALVO RODRÍGUEZ (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- JUAN FRANCISCO MARÍN (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- MATEO MORENO VILLA (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- GERMÁN ABELLA ABONDANO (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- JUAN CARLOS MOLINA CORREA (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- MISAEEL E. GARZÓN (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- DIANA RIVERA ANDRADE (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*

EN RELACIÓN CON LA DECLARACIÓN DE TERCEROS ANTES DECRETADA Y RELACIONADA, SE PONE DE PRESENTE (I) QUE LAS MISMAS SE CIRCUNSCRIBIRÁN ESTRICTAMENTE A LO INDICADO EN LA RESPECTIVA SOLICITUD; Y (II) EL TRIBUNAL TENDRÁ EN CUENTA LA FACULTAD QUE CONFIERE EL ARTÍCULO 212 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (“C.G.P.”) PARA “LIMITAR LA RECEPCIÓN DE LOS TESTIMONIOS CUANDO CONSIDERE SUFICIENTEMENTE ESCLARECIDOS LOS HECHOS MATERIA DE ESA PRUEBA, MEDIANTE AUTO QUE NO ADMITE RECURSO.”

C. INTERROGATORIO DE PARTE

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

DECRETAR EL INTERROGATORIO DE PARTE DEL SEÑOR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ, PARA QUE SEA INTERROGADO EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN LA SOLICITUD PLANTEADA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

D. PRUEBA PERICIAL

EN RELACIÓN CON LA SOLICITUD FORMULADA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, SE CONCEDERÁ UN TÉRMINO, QUE SERÁ FIJADO MÁS ADELANTE, PARA QUE SE APORTE EL DICTAMEN PERICIAL QUE TIENE POR FINALIDAD “UN ANÁLISIS TÉCNICO” DEL OBJETO ANUNCIADO EN ESTE MEDIO DE PRUEBA.

E. OFICIOS

RESPECTO DE LA SOLICITUD DE OFICIAR A LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, EL TRIBUNAL, LUEGO DE UNA REVISIÓN DEL EXPEDIENTE, NO ENCUENTRA QUE LA PARTE HAYA ELEVADO UNA PETICIÓN DIRIGIDA A DICHA ENTIDAD EN LA QUE SE REQUIERA LA INFORMACIÓN ANUNCIADA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, POR LO CUAL, SE NEGARÁ LA PRÁCTICA DEL PRESENTE MEDIO PROBATORIO, A LA LUZ DE LO CONTENIDO EN EL INCISO 2 DEL ARTÍCULO 173 DEL C.G.P., QUE ESTABLECE:

“(…) EL JUEZ SE ABSTENDRÁ DE ORDENAR LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS QUE, DIRECTAMENTE O POR MEDIO DE DERECHO DE PETICIÓN, HUBIERA PODIDO CONSEGUIR LA PARTE QUE LAS SOLICITE, SALVO CUANDO LA PETICIÓN NO HUBIESE SIDO ATENDIDA, LO QUE DEBERÁ ACREDITARSE SUMARIAMENTE.”

III. SOBRE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CONVOCADA BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

A. DOCUMENTALES

TÉNGANSE COMO PRUEBAS, CON EL MÉRITO LEGAL PROBATORIO QUE A CADA UNO CORRESPONDA, LOS DOCUMENTOS RELACIONADOS Y EFECTIVAMENTE APORTADOS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

B. TESTIMONIALES

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

SE DECRETA LA PRÁCTICA DE LAS DECLARACIONES DE LOS SIGUIENTES TESTIGOS SOLICITADOS POR LA PARTE CONVOCADA EN SU ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL:

- *VERÓNICA VÉLEZ ORTIZ (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- *MARÍA CLARA OJALVO RODRÍGUEZ (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- *JUAN FRANCISCO MARÍN (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- *MATEO MORENO VILLA (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- *GERMÁN ABELLA ABONDANO (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- *JUAN CARLOS MOLINA CORREA (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- *MISAEEL E. GARZÓN (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*
- *DIANA RIVERA ANDRADE (COMÚN DE LAS CONVOCADAS)*

EN RELACIÓN CON LA DECLARACIÓN DE TERCEROS ANTES DECRETADA Y RELACIONADA, SE PONE DE PRESENTE (I) QUE LAS MISMAS SE CIRCUNSCRIBIRÁN ESTRICTAMENTE A LO INDICADO EN LA RESPECTIVA SOLICITUD; Y (II) EL TRIBUNAL TENDRÁ EN CUENTA LA FACULTAD QUE CONFIERE EL ARTÍCULO 212 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (“C.G.P.”) PARA “LIMITAR LA RECEPCIÓN DE LOS TESTIMONIOS CUANDO CONSIDERE SUFICIENTEMENTE ESCLARECIDOS LOS HECHOS MATERIA DE ESA PRUEBA, MEDIANTE AUTO QUE NO ADMITE RECURSO.”

C. INTERROGATORIO DE PARTE

DECRETAR EL INTERROGATORIO DE PARTE DEL SEÑOR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ, PARA QUE SEA INTERROGADO EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN LA SOLICITUD PLANTEADA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

D. PRUEBA PERICIAL

EN RELACIÓN CON LA SOLICITUD FORMULADA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, SE CONCEDERÁ UN TÉRMINO, QUE SERÁ FIJADO MÁS ADELANTE, PARA QUE SE APORTE EL DICTAMEN PERICIAL QUE TIENE POR FINALIDAD “UN ANÁLISIS TÉCNICO” DEL OBJETO ANUNCIADO EN ESTE MEDIO DE PRUEBA.

E. OFICIOS

RESPECTO DE LA SOLICITUD DE OFICIAR A LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, AL TRATARSE DE LA MISMA PRUEBA PEDIDA POR LA OTRA CONVOCADA, BTG

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., EL TRIBUNAL SE REMITE A LAS CONSIDERACIONES ALLÍ PLASMADAS Y, EN CONSECUENCIA, NEGARÁ, IGUALMENTE, LA PRÁCTICA DE DICHO MEDIO PROBATORIO.”.

5.2. Ejecutoriado el auto por el cual se decretaron las anteriores pruebas, se procedió a practicar las siguientes:

5.3.1. Declaración e interrogatorios de parte

Los interrogatorios de parte fueron practicados en audiencia del 9 de marzo de 2021, comenzando la apoderada del convocante, quien interrogó a los representantes legales de las sociedades BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.; luego, los apoderados de las convocadas interrogaron al señor JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ, quien rindió seguidamente declaración de parte según el cuestionario de su apoderada, del apoderado de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S y del Tribunal.

5.3.2. Declaración de terceros

Se practicaron las declaraciones de los siguientes testigos, cuyas intervenciones fueron grabadas y sus transcripciones fueron incorporadas al expediente:

- Juan Pablo Ángel Arango (Convocante) y Verónica Vélez Ortiz (Convocadas) el 09 de abril de 2021.
- Mauricio Alejandro Molina Uribe (Convocante) y Juan Francisco Marín González (Convocadas) el 19 de abril de 2021.
- Carolina Jaramillo Del Corral (Convocante) y Misael Eduardo Garzón Barreto (Convocadas) el 27 de abril de 2021.
- Gonzalo Alonso Restrepo López (Convocante) y Germán Darío Abella Abondano (Convocadas) el 05 de mayo de 2021, audiencia en la que además la parte Convocante desistió del testigo Daniel Rueda Restrepo, lo cual fue aceptado por el Tribunal.
- María Clara Ojalvo Rodríguez (Convocadas) y Diana Rivera Andrade (Convocadas) el 22 de junio de 2021, audiencia en la que además los

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

apoderados de la parte Convocada desistieron de los testigos Juan Carlos Molina Correa y Mateo Moreno, lo cual fue aceptado por el Tribunal.

5.3.3. Dictámenes periciales de parte

Dentro del término concedido, el 28 de abril de 2021, las partes aportaron los dictámenes periciales anunciados.

5.3.4. Contradicción

Los dictámenes periciales aportados fueron puestos en conocimiento, mediante auto N° 15 del 5 de mayo de 2021, frente a lo cual, los apoderados de las convocadas, dentro de la oportunidad legal, solicitaron la comparecencia de los peritos que elaboraron los dictámenes presentados por la convocante, y adicionalmente presentaron trabajos periciales de contradicción respecto de estos.

Por su parte, la apoderada del convocante solicitó la comparecencia del perito que elaboró el dictamen pericial presentado por la parte convocada.

En audiencia del 13 de agosto de 2021, se practicaron los interrogatorios de los peritos César Mauricio Ochoa Pérez, en nombre y representación de la sociedad RSM ASSURANCE & AUDIT S.A., Esteban Montes Posada, en nombre y representación de la sociedad CREARCIMIENTOS PROPIEDAD RAÍZ S.A.S. y Francisco O'bonaga Quintero, en nombre y representación de la sociedad DELOITTE ASESORES Y CONSULTORES LTDA.

6. Audiencia de alegaciones

En la audiencia del 13 de agosto de 2021, mediante auto N° 19, se realizó control de legalidad de la actuación, y se declaró cerrado el periodo probatorio. Además, se fijó el 20 de octubre de 2021 para realizar la audiencia de alegatos de conclusión.

En la fecha antes mencionada los apoderados de las partes expusieron sus alegatos de manera oral y al final de sus intervenciones aportaron los escritos contentivos de sus alegaciones y se señaló como fecha, para llevar a cabo audiencia de laudo, el día 28 de enero de 2022.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Posteriormente, mediante el auto N° 21 del 24 de enero de 2022, el Tribunal modificó la fecha antes fijada y señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.

7. Duración del proceso y término para fallar

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite *“al cual se adicionarán los días de suspensión”- e “interrupción por causas legales”-*, sin superar la solicitada de consuno por las Partes un *“tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días”*.

No obstante, y dada la contingencia ocurrida con ocasión de la pandemia del Covid-19, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 491 del 28 marzo 2020, el cual modificó, entre otras cosas, el término de los procesos arbitrales iniciados con antelación a la entrada en vigencia de dicho Decreto, tal y como ocurre en el presente caso. En ese contexto, resulta importante traer a colación el inciso 5 del artículo 10 de dicho decreto que establece lo siguiente:

“En el arbitraje, el término previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 será de ocho (8) meses; y el término para solicitar la suspensión del proceso previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 no podrá exceder de ciento cincuenta (150) días. Los Tribunales arbitrales no podrán suspender las actuaciones ni los procesos, a menos que exista imposibilidad técnica de adelantarlos por los medios electrónicos o virtuales señalados y una de las partes lo proponga” (énfasis añadido).

En consecuencia, el término del proceso pasó a ser de ocho (8) meses, contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite.

Por lo anterior, su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 26 de febrero de 2021, por lo cual dicho plazo vencería el 26 de octubre de 2021. Sin embargo, por solicitud de las Partes el proceso estuvo suspendido en los siguientes espacios de tiempo:

Suspensión decretada	Días
Entre el 10 de marzo de 2021 y el 5 de abril del 2021, ambas fechas incluidas.	16

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Entre el 6 de mayo de 2021 hasta el 7 de junio de 2021, ambas fechas incluidas.	21
Entre el 23 de junio de 2021 hasta el 14 de julio de 2021, ambas fechas incluidas.	15
Entre el 17 de agosto de 2021 hasta el 13 de octubre de 2021, ambas fechas incluidas.	42
Entre el 21 octubre de 2021 y el 31 de diciembre de 2021, ambas fechas incluidas.	49
Número total de días en que el proceso estuvo suspendido	143

El proceso estuvo suspendido 143 días hábiles, y tomando en cuenta la ampliación legal del término del proceso prevista en el citado artículo 10 del Decreto 491 del 28 marzo 2020, el proceso tendrá como fecha límite el 23 de mayo de 2022.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo resulta oportuna.

8. Postura de las Partes

8.1. Síntesis de los hechos:

El 13 de diciembre de 2017 la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., en calidad de fideicomitente, celebró contrato de fiducia mercantil de inversión con BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en calidad de fiduciaria, a través del cual se constituyó el PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET CALLE 18, y, además de ser uno de los diez fideicomitentes de dicho contrato, fue designado como administrador de dicho fideicomiso.

En su calidad de Administrador Designado del fideicomiso antes mencionado, BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. tenía el encargo de administrar y ejecutar el vehículo para la construcción del proyecto BOHO MARKET CALLE 18, y así gestionar los recursos hacia el patrimonio autónomo subyacente donde se desarrollaba toda la actividad relacionada con el proyecto en la ciudad de Bogotá, enfocado en el sector gastronómico, llamado PATRIMONIO AUTÓNOMO BOHO MARKET CALLE 18.

En virtud del contrato de fiducia mercantil se realizó el denominado “Llamado de Capital”, con el cual se buscaba que los fideicomitentes realizaran la transferencia de

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

los bienes, en los porcentajes que les correspondían, al patrimonio autónomo; con el que se recaudó la suma de \$3.225.000.000, del cual, BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. no realizó aporte alguno, según afirma el convocante.

Además, en el mencionado contrato, se estableció que cuando los fideicomitentes, distintos a BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., realizaran aportes con ocasión del “Llamado de Capital”, el 10% de los derechos fiduciarios que representaban dichos aportes se cederían automáticamente a esta sociedad, denominándose estos como “Derechos de Participación Incremental”.

De manera paralela, señala el convocante, un asesor comercial del grupo económico BTG PACTUAL COLOMBIA, quien nunca aclaró si se trataba de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. o BTG PACTUAL S.A. SOCIEDAD COMISIONISTA DE BOLSA, le ofreció a su mandataria, la señora BLANCA JULIET CEBALLOS, una oportunidad de inversión en el PROYECTO BOHO MARKET CALLE 18, con el fin de adquirir los derechos fiduciarios en cabeza de la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., además se afirmó que el proyecto estaría listo para el mes de julio de 2018, con lo que el término para recibir ganancias, resultaba muy corto, y por lo tanto atractivo para el inversionista.

Asevera el convocante, que la etapa de negociación fue muy limitada respecto de la información entregada por BTG PACTUAL COLOMBIA, pues se desconocía el vehículo fiduciario que se había escogido para el proyecto, y únicamente se conocieron las características de rentabilidad del mismo.

Luego de la etapa de negociación, BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. (cedente de los derechos fiduciarios), informó a la fiduciaria, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., la supuesta oferta por parte del convocante, a través de su mandataria, para la adquisición de los derechos fiduciarios en cabeza de la primera sociedad, lo cual fue informado, por parte de la fiduciaria, a los demás fideicomitentes, con el fin de darle la oportunidad a éstos de adquirir dichos derechos.

El convocante afirma que dicha situación debía ser informada por el fideicomitente (BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.) y no por la fiduciaria, con lo cual se confirma la confusión que se presentaba entre estas sociedades.

La supuesta propuesta realizada por la mandataria del convocante para la adquisición de los derechos fiduciarios en cabeza de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., ascendía

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

a un valor de \$900.000.000, en la que también se cedería un tercio del Compromiso de Capital, en cabeza de dicha sociedad, por valor de \$100.000.000.

Pasado el tiempo establecido, sin que los demás fideicomitentes ejercieran su derecho de preferencia sobre los derechos fiduciarios negociados, el 17 de abril de 2018, se firmó el contrato de cesión de derechos fiduciarios con BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., en el cual se contenía el valor de \$1.000.000.000, por los conceptos antes mencionados. No obstante, el 19 de abril de 2018, el convocante afirma haber recibido una cuenta de cobro por valor de \$1.004.000.000 pagaderos a BTG PACTUAL RENTA LIQUIDEZ.

Además, en dicho contrato se hace referencia a la cesión de derechos fiduciarios del PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET CALLE 18, los cuales, según afirma el convocante, BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. no poseía al momento de la celebración del contrato de cesión, pues ésta no había realizado los aportes de capital necesarios para hacerse titular de éstos, siendo propietario únicamente de los Derechos de Participación Incremental, motivo por el cual sostiene que el contrato de cesión se hizo en relación con derechos inexistentes, sin seguir los lineamientos fijados en el contrato de fiducia, y que además, la mandataria del convocante no contaba con la autorización para realizar este tipo de negocios, motivo por el cual dicho contrato carecía del consentimiento del señor Juan Carlos Osorio.

No obstante lo anterior, el proyecto se siguió ejecutando, tanto así que la sociedad BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., se vinculó al FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18, en su calidad de fideicomitente y beneficiario.

Posteriormente, en el informe de seguimiento rendido en el mes de junio de 2018, solicitado mediante derecho de petición, se indicó que la fecha proyectada para la entrega del proyecto era el mes de junio de 2019, lo que el convocante señala como el incumplimiento de lo propuesto en la etapa de negociación, aunado a la falta de información de la cual éste acusa a las demandadas.

Luego de varios meses sin respuesta concreta por parte de la sociedad fiduciaria, en marzo de 2020, los fideicomitentes comenzaron a requerir información, vía derechos de petición, con los que se conoció el estado real del proyecto, lo cual, según el convocante, evidenció la negligencia y actuaciones irregulares de las convocadas, lo que llevó el proyecto a su fracaso.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

En virtud de las faltas e incumplimientos enunciados por el convocante en su escrito de demanda, el demandante, a través del presente proceso, solicita al tribunal la indemnización de los perjuicios ocasionados.

8.2. Pretensiones:

La parte convocante, en su demanda arbitral, formuló las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES

PRINCIPALES

PRIMERA: Solicito que, con fundamento en lo expuesto en los hechos, se declare la inexistencia del contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado entre BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. y JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ el 17 de abril de 2018.

SEGUNDA: Solicito que como consecuencia de la anterior declaración y atendiendo a la necesaria destrucción completa y retroactiva de las consecuencias jurídicas estructuradas en las cláusulas de los contratos, se ordene a las partes a las restituciones mutuas derivadas de la inexistencia del contrato de cesión de derechos fiduciarios, y se ordene la devolución total del monto de MIL CUATRO MILLONES DE PESOS (1.004.000.000) como restitución al señor JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ.

TERCERA: que se condene a la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S a cancelar los intereses a la máxima tasa legal moratoria para los negocios mercantiles sobre la suma anteriormente señalada.

CUARTA: Se condene a las demandadas el pago de costas y gastos procesales, tasados como se establece en los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso.

SUBSIDIARIAS

PRIMERAS SUBSIDIARIAS

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

PRIMERA: Solicito que, con fundamento en lo expuesto en los hechos, se declare la nulidad absoluta del contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado entre BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. y JUAN CARLOS OSORIO ARBELAEZ el 17 de abril de 2018.

SEGUNDA: Solicito que como consecuencia de la anterior declaración y atendiendo a la necesaria destrucción completa y retroactiva de las consecuencias jurídicas estructuradas en las cláusulas de los contratos, se ordene a las partes a las restituciones mutuas derivadas de la nulidad del contrato de cesión de derechos fiduciarios, y se ordene la devolución total del monto de MIL CUATRO MILLONES DE PESOS (1.004.000.000) como restitución al señor JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ.

TERCERA: que se condene a la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S a cancelar los intereses a la máxima tasa legal moratoria para los negocios mercantiles sobre la suma anteriormente señalada, dado que mi poderdante no fue el causante de la nulidad del contrato, según lo establecido en el Artículo 1616 del Código Civil.

CUARTA: Se condene a las demandadas el pago de costas y gastos procesales, tasados como se establece en los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso.

SEGUNDAS SUBSIDIARIAS

PRIMER: Solicito sea declarado el incumplimiento contractual por parte de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA y de la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S en calidad de Administrador Designado por la inobservancia de sus funciones, responsabilidades y deberes indelegables derivados del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE INVERSIÓN celebrado el pasado 17 de diciembre de 2017 y de la Ley Comercial.

SEGUNDA: Solicito que, como consecuencia de la anterior declaración, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA, y, solidariamente, a la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S en calidad de Administrador Designado, se sirvan cancelar a mi poderdante, lo siguiente, a título de perjuicios por incumplimiento contractual:

- 1. Por concepto de daño emergente: el valor total de MIL CUATRO MILLONES DE PESOS (1.004.000.000) representado en las erogaciones de dinero entregados a un tercero por instrucción del Administrador Designado.*
- 2. Por concepto de lucro cesante: los intereses moratorios liquidados sobre el capital desembolsado de MIL CUATRO MILLONES DE PESOS (1.004.000.000), a la tasa máxima legal moratoria permitida desde la fecha del desembolso hasta la fecha de la cancelación efectiva de la obligación, según lo indica el artículo 1616 del Código Civil.*
- 3. Por concepto de costas y gastos procesales: tasados como se establece en los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso.”*

8.3. Contestación a la demanda:

Las sociedades convocadas, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., oportunamente dieron respuesta a los hechos y se opuso a la prosperidad de todas de las pretensiones formuladas, planteando las excepciones de mérito que denominaron así:

8.3.1. EXCEPCIONES DE MÉRITO BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

- 1. “Existencia, validez y eficacia de la cesión de derechos fiduciarios celebrada entre BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., en calidad de cedente, y JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ, en calidad de cesionario.”*
- 2. “Buena fe y doctrina de los actos propios (venire contra factum proprio non valet): la conducta contractual del convocante JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ.”*
- 3. “Normatividad del Contrato de Fiducia de Inversión (Pacta sunt servanda).”*
- 4. “Inexistencia de deberes de vigilancia y control a las acciones del Administrador Designado, a cargo de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y de los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL FIDUCIARIA S.A., entidad que ha cumplido las obligaciones a su cargo, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión.”*
- 5. “Ausencia del nexo de causalidad entre los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y los perjuicios reclamados por el convocante en la demanda; inexistencia de solidaridad entre las sociedades convocadas.”*
- 6. “Hechos de terceros que excluyen la responsabilidad civil contractual de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”*

7. “Excepción genérica”

8.3.2. EXCEPCIONES DE MÉRITO BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

1. “Existencia y validez del contrato de cesión de derechos fiduciarios”
2. “cumplimiento del contrato – diligencia y cuidado”
3. “hecho exclusivo de terceros – materialización de riesgos de la inversión”

II CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

El Tribunal encuentra que los presupuestos procesales, esto es, *“las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa”*¹, se encuentran satisfechos.

En efecto, la convocante es una persona natural plenamente capaz, y las convocadas son personas jurídicas, cuya existencia y representación legal está acreditada en debida forma. Por lo tanto, ambas ostentan capacidad para ser parte y para comparecer al proceso y se han vinculado a éste por medio de sus representantes y apoderados judiciales.

Asimismo, el Tribunal es competente para decidir las diferencias que se han sometido a su consideración al concernir a asuntos litigiosos, inciertos, de naturaleza patrimonial, de libre disposición, relacionados con el contrato debatido en el proceso y

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de julio de 2008, Expediente 68001-3103-006-2002-00196-01: “[...] elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. [...] esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Radicación: 25000-23-26-000-2002-02193-01(29.652): “[...] Si bien se había venido sosteniendo que los presupuestos para que una relación jurídico procesal pudiera surgir válidamente eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (...) y 132 y siguientes del Código General del Proceso.”

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

comprendidos en las materias respecto de las cuales las partes habilitaron al tribunal para resolver la controversia.

En definitiva, estima el Tribunal que debe confirmar los argumentos frente a la competencia expuestos en audiencia primera de trámite, porque no se encuentran elementos de juicio que determinen modificar la posición adoptada, máxime cuando ninguna de las Partes cuestionó este aspecto a lo largo de la instrucción del proceso ni en sus alegatos de conclusión, ni tampoco en el control de legalidad efectuado por el tribunal.

Por lo expuesto, están cumplidos los prepuestos procesales para decidir de fondo la presente controversia.

De otro lado, encuentra el Tribunal que las partes están legitimadas por el ordenamiento jurídico en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y de la autonomía privada para acudir al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos (artículos 116 de la Constitución Política, 1º y 3º, Ley 1563 de 2012), al haber estipulado pacto arbitral (artículo 4º, Ley 1563 de 2012) en el artículo XVII, sección 17.6, del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE INVERSIÓN celebrado el 13 de diciembre de 2017, en el que se previó que todas las diferencias relacionadas con el mismo fueran decididas por un tribunal arbitral. El mencionado pacto arbitral reúne los requisitos de existencia previstos por la ley, sin que se haya invocado ni acreditado vicio alguno en su celebración.

En síntesis, las relaciones jurídicas procesales se constituyeron regularmente y no existe defecto alguno en la actuación surtida que imponga aplicar el artículo 137 del Código General del Proceso².

**2. Los problemas jurídicos sometidos a consideración del Tribunal,
conforme a las pretensiones de la demanda y su interpretación**

2.1 Los problemas jurídicos por resolver

² El Art. 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. Cuando se originen en las causales 4 y 8 del artículo 133 el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará”.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

A la luz de las pretensiones formuladas en la demanda, corresponde definir en el presente proceso si el contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado entre BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. y el convocante está afectado de inexistencia jurídica o nulidad. Y de existir y ser válido, si el contrato de fiducia de inversión que vinculó a estas personas y también a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., fue incumplido por las convocadas y, por ende, cabe a éstas alguna responsabilidad frente al actor.

2.2. La apreciación de la prueba

2.2.1 Planteamiento general

Conforme al artículo 176 del Código General del Proceso y para decidir de fondo, el Tribunal valoró todos los medios de prueba en conjunto, incluidas las manifestaciones de las partes en su demanda y las contestaciones a ésta, arrojando su apreciación que puede asignárseles mérito.

Los interrogatorios de parte absueltos por los representantes legales que las sociedades BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S, así como el rendido por el señor JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ y su declaración de parte, fueron objeto de especial atención para los árbitros.

Según se anotó en otro apartado, fueron recibidos los testimonios de Juan Pablo Ángel Arango, Mauricio Alejandro Molina Uribe, Carolina Jaramillo Del Corral, Gonzalo Alonso Restrepo López, Verónica Vélez Ortiz, Juan Francisco Marín González, Misael Eduardo Garzón Barreto, Germán Darío Abella Abondano, María Clara Ojalvo Rodríguez y Diana Rivera Andrade.

Los cuatro primeros ilustraron al Tribunal, fundamentalmente, sobre la forma como el demandante y los deponentes se vincularon a la fiducia de inversión y cómo a partir de ésta se sucedieron los acontecimientos relativos al desarrollo de la construcción del edificio en el cual se instalaría el proyecto Boho Market. Las restantes versiones se refirieron más a la estructura del negocio concreto, la tesis de inversión y los hechos que las dos sociedades convocadas enfrentaron por la desviación de recursos que correspondían al negocio proyectado.

Estas declaraciones alcanzaron a formar una convicción final en el Tribunal, por reunir los elementos necesarios a ese propósito, en cuanto a la claridad, el conocimiento y

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

exactitud de sus dichos, dado que los declarantes percibieron los hechos sobre los cuales depusieron, por razón de sus labores y fueron responsivos.

Acerca de los dictámenes periciales aportados puede afirmarse que con las respuestas emitidas por los peritos a los cuestionarios que se les propusieron en audiencia y adicionalmente con los trabajos periciales de contradicción, se completaron adecuadamente los factores de fondo requeridos para su evaluación, satisfechos como estaban los de forma, sin los cuales, como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, no podrían ser apreciados. Así, en auto AC1320-2021 de 21 de abril de 2021, radicado 11001-02-03-000-2020-03011-00, en el cual decidió un recurso de queja y reiteró la Sala de Casación Civil de la Alta Corporación su doctrina contenida en auto AC639-2021, señaló, frente al artículo 226 del Código General del Proceso que:

[...] el citado precepto prescribe que todo dictamen, para asignársele mérito demostrativo, debe cumplir con unas exigencias, que por su importancia frente al caso se destacan las siguientes: i) ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; ii) explicar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas; iii) exponer los fundamentos técnicos y científicos de las conclusiones; iv) incluir los datos de contacto del perito; v) explicitar la profesión, oficio, arte o actividad que es ejercida por el experto, anexando los títulos académicos y la prueba de su experiencia; vi) señalar los casos en que el perito ha participado y, en caso de haber aplicado técnicas diferentes a la considerada para el caso, indicar las razones para ello; y vii) manifestar que no se encuentra en una situación que le impida actuar como perito.

Se sigue del recuento efectuado que, con el derrotero del pensamiento de la Corte Suprema y con sustento en el citado artículo 227, por reunir los elementos mínimos para ese propósito, los dictámenes que obran en el proceso pueden ser apreciados y valorados.

Considera, en fin, el Tribunal, que la prueba documental recaudada goza de los requerimientos de ley para su apreciación y evaluación, en los términos de los artículos 257, 260 y 262 del Código General del Proceso, entre otras disposiciones aplicables. De modo enunciativo se advierte que la misma consistió en los documentos atinentes al contrato de fiducia mercantil de inversión de 13 de diciembre de 2017, celebrado entre BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y LUZ STELLA VARGAS PATIÑO, CECILIA CAVELIER RICCARDI, JUAN PABLO CAVELIER LOZANO, MATTEO CAVELIER RICCARDI, COURCELLES S.A.S., INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

S.A.S., INLAMM S.A.S., PANERAI S.A.S., JARAMILLO BUSTAMANTE S.A.S., y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., con sus anexos y el otrosí 15 de mayo de 2019; contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado el 17 de abril de 2018; poder general otorgado por el señor JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ a la señora BLANCA JULIET CEBALLOS mediante escritura pública 1962 del 18 de agosto de 2017, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Medellín; derecho de petición elevado por COURCELLES S.A.S. el 5 de marzo de 2020 y otro de 15 de mayo de 2019 presentado por el señor JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ a la fiduciaria y al Administrador Designado el 28 de mayo de 2020, y las respuestas de 2 de julio de 2020; comunicaciones de la fiduciaria en el mes de noviembre de 2017; otrosí integral No. 1 al contrato de fiducia de administración y pagos FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18 suscrito por OPERA INVERSIONES URBANAS S.A.S., ADAR PARTNERS S.A.S, y BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET, en calidad de fideicomitentes, y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., de 1 de marzo de 2018; informes de seguimiento de 2018, 2019, 2020 y copias de mensajes de remisión al demandante; una objeción a un informe extraordinario y a citación de convocatoria firmada por los fideicomitentes; unas rendiciones de cuentas del fideicomiso subyacente en cabeza de Alianza Fiduciaria; contrato de arrendamiento Leasing 223629 suscrito con Bancolombia S.A el 25 de abril de 2019 y otrosí al mismo de 12 de septiembre de 2019; extracto de la cuenta No. 24584670939 del banco BANCOLOMBIA S.A.; certificado de ingresos del fideicomitente BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., por el mes de febrero de 2018, expedido por BTG PACTUAL FIDUCIARIA S.A.; la presentación empleada para informar a los potenciales inversionistas acerca de la oportunidad de inversión y la estructura adoptada; contrato de uso de red celebrado entre BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y BTG PACTUAL SOCIEDAD COMISIONISTA DE BOLSA S.A., de fecha 2 de septiembre de 2016, y sus otrosíes Nos. 1, 2 y 3; oferta de cesión de derechos fiduciarios, suscrita por BLANCA JULIET CEBALLOS OSORIO de 6 de marzo de 2018; notificación de la misma por parte de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y notificaciones de esa oferta de cesión a los fideicomitentes del contrato de fiducia de inversión; certificado de ingresos expedido a nombre de JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ, de mayo de 2018; certificados tributarios expedidos por BTG PACTUAL FIDUCIARIA S.A., a nombre de JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ, a 31 de diciembre de 2018 y a 31 de diciembre de 2019; estados financieros del patrimonio autónomo de inversión, y mensajes de su envío al actor; contrato de fiducia mercantil de administración (parqueo) recogido en la escritura pública No. 1856 de 25 de octubre de 2016 de la Notaría 65 de Bogotá, con dos otrosíes, escritura pública 771 del 20 de mayo de 2019

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

de la Notaría 26 de Bogotá y certificado de tradición del inmueble con matrícula inmobiliaria número 50C-105515 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, de fecha 11 de agosto de 2020; Carta del 5 de agosto de 2020, remitida por BTG PACTUAL FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., a ALIANZA FIDUCIARIA; carta de BANCOLOMBIA S.A., de 26 de agosto de 2019; impresiones de mensajes de correos electrónico (dirigidos a Camilo Ayerbe, o por llamados de capital, o con notificación de la oferta de cesión efectuada por el demandante o de la cesión misma; queja contra BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A presentada ante la Superintendencia Financiera de Colombia y su respuesta; contrato de administración delegada para la construcción del edificio Boho Food Market Calle 18 y sus otrosíes números 1 y 2; contrato de interventoría técnica y administrativa para el proyecto Boho Food Market Calle 18 en Bogotá y su otrosí No. 1; informes de rendición de cuentas de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como vocera del patrimonio autónomo subyacente y estados financieros de este; actas No. 2, 3 y 4 de la Asamblea de fideicomitentes del patrimonio autónomo de administración y pagos; copia de un concepto jurídico; paz y salvo del crédito de patrimonio autónomo subyacente con Davivienda S.A. y copia de la garantía mobiliaria otorgada. Además, con los dictámenes periciales obran otros documentos.

2.2.2 La prueba de algunos hechos de incidencia para la decisión de fondo

2.2.2.1 La ruta del negocio

Con la prueba documental quedó establecido plenamente que, con la estructura de negocios fiduciarios, por la vía de una inversión y posteriormente por la de administración y pagos, se iba a desarrollar un proyecto que era de interés para los inversionistas en búsqueda de renta.

Este orden conceptual se concreta como sigue, en los documentos que obran en el plenario:

(i) Contrato de fiducia mercantil de inversión de 13 de diciembre de 2017, celebrado entre BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y LUZ STELLA VARGAS PATIÑO, CECILIA CAVELIER RICCARDI, JUAN PABLO CAVELIER LOZANO, MATTEO CAVELIER RICCARDI, COURCELLES S.A.S., INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ S.A.S., INLAMM S.A.S., PANERAI S.A.S., JARAMILLO BUSTAMANTE S.A.S., y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., con sus anexos y un otrosí 15 de mayo de 2019.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Y como componente adicional, el contrato de cesión de derechos fiduciarios de 17 de abril de 2018, celebrado por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. como cedente y JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ como cesionario.

(ii) Otrosí integral No. 1 al contrato de fiducia de administración y pagos FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18 suscrito por OPERA INVERSIONES URBANAS S.A.S., ADAR PARTNERS S.A.S, y BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET, en calidad de fideicomitentes, y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., de 1 de marzo de 2018.

Se lee en éste, en sus consideraciones primera y segunda, que el 7 de septiembre de 2016, OIU y ADAR celebraron un contrato de fiducia mercantil de administración y pagos por medio del cual se constituyó el patrimonio autónomo FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18, para la construcción, desarrollo y operación de un edificio concebido para brindar al público un modelo de oferta gastronómica variada e innovadora.

Con la firma del otrosí se sumó como fideicomitente, en el 80% de los derechos fiduciarios, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., que según la definición de la cláusula primera y el encabezado, actuaba como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET surgido el 13 de diciembre de 2017.

En consecuencia, está probado que cronológicamente el proyecto de construcción, desarrollo y operación de un edificio concebido para brindar al público un modelo de oferta gastronómica variada e innovadora tuvo existencia desde antes de que se constituyera el fideicomiso de inversión en el cual se cedieron derechos fiduciarios al convocante; y que esa fiducia de inversión invirtió en ese otro patrimonio autónomo, al vincularse por medio del citado otrosí integral de 1 de marzo de 2018.

También existía, desde el 25 de octubre de 2016, una fiducia de parqueo, suscrita entre ALESSANDRO SARACCINO y OIU con ALIANZA FIDUCIARIA. De lo cual dan cuenta la escritura pública No. 1856 de 25 de octubre de 2016 de la Notaría 65 de Bogotá, con dos otrosíes, escritura pública 771 del 20 de mayo de 2019 de la Notaría 26 de Bogotá y el certificado de tradición del inmueble con matrícula inmobiliaria

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

número 50C-105515 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, de fecha 11 de agosto de 2020.

Entre los anexos del dictamen de parte de las convocadas, obra el concepto emitido por la firma POSSE RUÍZ, *reporte preliminar de debida diligencia*, fechado el 27 de julio de 2017. Se lee en el mismo que “*Entendemos que el Proyecto aún no cuenta con licencia de construcción aprobada, aunque de la Información Revisada se evidencia que se radicó en legal y debida forma la solicitud de licencia de construcción en las modalidades de demolición total y obra nueva. Así mismo, el Proyecto cuenta con la aprobación del Ministerio de Cultura para la demolición total y el desarrollo de una obra nueva que no podemos confirmar si ha sido aportado al trámite de la solicitud de licencia de construcción*”. Negrillas del Tribunal.

Con los informes de seguimiento se establece que el inicio de obra (del edificio mencionado) tuvo lugar el 30 de noviembre de 2017. Y con los documentos incluidos en los llamados papeles de trabajo del dictamen pericial aportado por el demandante, en el PT-10-02, se comprueba que DAVIVIENDA otorgó un crédito constructor, del cual comenzaron a realizarse desembolsos a partir de diciembre de 2016 (folio 1370 del archivo PDF de ese dictamen), época en la cual se efectuó uno por ochocientos millones de pesos (\$800.000.000), dato corroborado en la primera rendición de cuentas de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

También algunas versiones de declarantes aportan en la comprensión de cómo se desarrolló en el tiempo el negocio.

Por ejemplo, la representante legal de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A, señora DIANA FERNANDA SÁNCHEZ ARISTIZÁBAL, al contestar el interrogatorio de parte que le fue formulado dijo:

PREGUNTA # 1: *Doctora Diana, ¿le podría por favor explicar al Tribunal dentro del esquema de este negocio, determinar un poquito – que no se ve claramente en el tiempo – qué fue primero, si la FIDUCIARIA o el Administrador Designado?, ¿cuáles fueron ellos en el tiempo?* **CONTESTÓ:** *Mira, la línea de tiempo es la siguiente: OIU llega con una propuesta a RE INCOME sobre un negocio; nosotros, en RE INCOME ya se tenían algunos negocios con OIU, y OIU llega con esta propuesta de negocio. En RE INCOME la estudian y hablan con la sociedad comisionista de bolsa, BTG PACTUAL, para ver si hay un grupo de inversionistas interesados en este negocio de food*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

markets, específicamente. Cuando se lo muestran a la comisionista, dicen: “bueno, es posible que haya algunos clientes, los podemos invitar a conocer la infraestructura”, y al final esto resulta en una estructura de negocio que lleva consigo patrimonios autónomos, y ahí es donde entra la FIDUCIARIA. Pero realmente nosotros no buscamos a OIU; OIU busca a RE INCOME, y RE INCOME nos propone el negocio a nosotros, y en ese momento se estructura todo el negocio, que tiene a RE INCOME en el rol de Administrador Designado.

Con mucho más detalle, narró MARÍA CLARA OJALVO RODRIGUEZ cómo fue ese desarrollo:

PREGUNTADA: Muchas gracias. Quiero ahora que recorramos las tres etapas que nos mencionó, en un poco de mayor nivel de detalle. Cuéntenos qué recuerda usted sobre el proceso de estructuración y debida diligencia; le agradecería si nos cuenta los tiempos, los actores, qué hacía cada uno de ellos y cuáles fueron los resultados de esa fase de estructuración. CONTESTÓ: Perfecto. La fase de estructuración arrancó en noviembre, diciembre de 2016, cuando Camilo Ayerbe buscó a Eduardo Romero para presentarle una idea de negocio, una idea de negocio que ya estaba bastante aterrizada; él llegó a mostrar un negocio vertical de comidas, algo innovador, que no se tenía en Colombia; nos contó que ya había constituido un Patrimonio Autónomo en ALIANZA para el desarrollo del mismo, éste patrimonio se constituyó en septiembre del 2016; también ya tenían o habían constituido el dueño del lote donde se desarrolló el proyecto, un Patrimonio Autónomo de parqueo, que si mi memoria no me falla se constituyó más o menos en octubre de ese año. Entonces cuando Camilo llegó a buscar a BTG, o a RE INCOME, o a Eduardo en su momento, ya tenía una idea de negocio con una estructura fiduciaria montada; él nos envió todo el presupuesto de obra, los modelos financieros, mostró un tema de mercadeo, posibles clientes, como toda la idea de negocio completo. Durante todo el primer trimestre del 2017, nosotros empezamos a montar el modelo financiero, a mirar la viabilidad económica del mismo, hicimos el primer acercamiento a los inversionistas en febrero del 2017; la idea era que el proyecto arrancara lo antes posible. Ya este proyecto había recibido un crédito de capital de trabajo por parte de Davivienda, que fue a finales de 2016, por \$800.000.000. Entonces el proyecto ya había arrancado con temas preoperativos, algo de movimientos de tierras, entonces la idea era que los inversionistas entraran lo antes posible. Tuvimos contacto inicial entonces, como les dije, en febrero del 2017. El tema se demoró un poquitico

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

más porque no teníamos como los inversionistas necesarios para llegar al equity que se necesitaba el proyecto. En ese primer semestre también del 2017, se hizo un estudio de debida diligencia por parte de la firma Posse Herrera Ruíz; que es la firma líder dentro de BTG que nos acompaña en todos los temas inmobiliarios. Posse hace una revisión, que nosotros no tenemos dentro de BTG o no tenemos la capacidad, que revisa todo el tema de tradición y libertad del lote, temas de licencias, permisos, revisó los contratos que se tenían ya fiduciarios; revisa un tema de accionistas o beneficiarios finales de las sociedades que participan, y el resultado de ese due diligence salió en julio del 2017. Nosotros normalmente, o normalmente no; nunca hacemos o firmamos un negocio sin tener el resultado. Ese due diligence se demoró mucho más de lo que teníamos pensado, por una demora en la documentación por parte del gerente, y después de julio del 2017, que ya teníamos con el due diligence final, volvimos a contactar otros clientes y retomamos con los clientes que habíamos tenido en febrero, donde les hicimos nuevamente el pitch comercial para poder tener ese cierre. Durante ese 2017, como les conté un poco más demorada la entrada de los clientes que pensábamos, el proyecto ya había arrancado y para evitar sobrecostos y que pudiera seguir funcionando, se decidió por parte de RE INCOME hacer unos créditos puentes, que ya los habíamos utilizado en otros negocios similares, mientras entraba el equity de los clientes. Estos contratos tenían una duración máxima de dos meses, eran a una tasa DTF, que es bastante por debajo de lo que normalmente consigue uno en el mercado, y la idea era poder fondear esos recursos mientras entraban los clientes. Estos contratos sumaron 3.000 millones de pesos, y eso fue como el 2017. Ya por fin en diciembre, nosotros ya con la ayuda de Posse y el área legal de BTG, estructuramos el contrato de fiducia, el Patrimonio Autónomo de BTG, que era muy similar a otros patrimonios autónomos que teníamos, incluso con alguno de los fideicomitentes que participaron en BOHO CALLE 18, y finalmente en marzo del 2018 se firmó un otrosí integral para el Patrimonio Autónomo de ALIANZA, donde ya volvimos o pusimos las condiciones o los estándares que normalmente teníamos en BTG, y ya de ahí se vincularon nuestros clientes al proyecto.

Puede entenderse, entonces, que la vinculación de la fiduciaria -o mejor, de la fiducia de inversión, por obra de su vocera- al proyecto, se produjo cuando éste ya estaba en marcha.

2.2.2.2 El manejo del proyecto

Según fue demostrado al Tribunal, el manejo del proyecto se situó en el marco del patrimonio subyacente, de administración y pagos, cuyo vocero era ALIANZA FIDUCIARIA S.A., documentado en el otrosí integral del FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18 de 1 de marzo de 2018.

A la vista de dicho contrato, cláusula quinta, el fideicomiso tuvo por finalidad permitir al Gerente llevar a cabo el desarrollo, la construcción, administración y operación del proyecto en el inmueble. Y se estableció en la cláusula decimoprimera, sobre derechos y obligaciones del Gerente, que éste estaba facultado para instruir por escrito a Alianza sobre todas las cuestiones necesarias para realizar debidamente las actividades relacionadas con el Proyecto y sobre el manejo de los recursos del Fideicomiso.

De modo que OIU, el Gerente, siéndolo aún para 2021 (respuesta de la representante legal de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. a la pregunta quince de su interrogatorio) solicitaba a ALIANZA los recursos para aplicarlos a la ejecución del Proyecto. Al respecto expuso la señora DIANA FERNANDA SÁNCHEZ ARISTIZÁBAL, por cuestionamiento del Tribunal:

*PREGUNTADA: ¿Usted sabe o por lo que conoce de la estructuración de estas figuras; BTG PACTUAL que usted representa, o BTG RE INCOME, tenían algo que ver con las instrucciones para la entrega de dineros al gerente, a OIU?
CONTESTÓ: No, era un rol de la FIDUCIARIA, era un rol completamente de ALIANZA FIDUCIARIA. **Básicamente el proceso era que OIU solicitaba algunos recursos, estos recursos se enmarcaban dentro de un formato que se llamaba “formato de anticipos” para el proyecto. ALIANZA era el encargado de registrar el anticipo contablemente dentro del P.A. subyacente, girar los recursos, y posteriormente solicitar la legalización de los mismos.** (Negrillas añadidas).*

Hecho suficientemente explicado en el proceso es que la construcción del edificio del proyecto Boho Market calle 18 de Bogotá fue suspendida. Se observa de los informes, por fotografías y muchos de los declarantes en el proceso lo indicaron.

Estrechamente ligado a ese hecho, aparece demostrado asimismo que la causa de la parálisis obedeció a una desviación de los recursos con los cuales contaba el

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

patrimonio autónomo, cuyos derechos fiduciarios en el 80% correspondían al patrimonio de inversión del cual era parte el convocante.

Y fue también comprobado que faltó la debida legalización de anticipos entregados por ALIANZA al GERENTE OIU.

Acerca de estos dos aspectos, una muestra de los medios de prueba que obran en el expediente, que merece destacarse, es la que a continuación se relaciona.

i) Respuesta al numeral vigesimoquinto de la demanda, por parte de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

*“Los hallazgos a los que se hace referencia en este numeral, corresponden a la información que BTG PACTUAL FIDUCIARIA y el Administrador Designado obtuvieron de ALIANZA FIDUCIARIA y OIU en relación con la situación del Patrimonio Autónomo Subyacente y el Proyecto, a partir de la cual **se pudo identificar la desviación indebida de recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente**, por parte del Gerente del Proyecto, luego de que en septiembre de 2019 RE INCOME tuvo conocimiento de la parálisis de la obra de construcción del Proyecto, acaecida el 5 de agosto de 2019, y lo informó a BTG PACTUAL FIDUCIARIA. Información que fue suministrada a los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, una vez se tuvo debidamente soportada y evaluada, e incluso a algunos de ellos les fue anticipada información en las reuniones presenciales sostenidas en los meses de enero y febrero de 2020.” Énfasis del Tribunal.*

ii) Afirmación por parte de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S en la sustentación a su excepción de mérito número tres:

“El Proyecto entró en parálisis como consecuencia de la desviación de recursos por parte de OIU, la cual no fue advertida por Alianza. Estos hechos, que son imputables exclusivamente a OIU y Alianza, materializaron los riesgos de contraparte, riesgo de construcción y riesgos de desarrollo que fueron asumidos por los fideicomitentes en el Contrato de Fiducia de Inversión.”
Negrilla agregada.

iii) Interrogatorio de parte absuelto por el señor JUAN CARLOS HINESTROSA GALLEGU, representante legal de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

En él manifestó el absolvente:

*“PREGUNTA # 16: ¿Sabe usted si OIU o el señor Juan Camilo Ayerbe, utilizó dineros de este proyecto en otros proyectos? CONTESTÓ: Señora, producto del análisis que hicimos, en conjunto con la FIDUCIARIA BTG, una vez se suspendieron las obras del proyecto, que nos dimos a la tarea de recabar información que en realidad no estaba dentro de nuestro alcance, asociada con toda la información, el detalle de información contable de la FIDUCIARIA ALIANZA; **efectivamente identificamos giros que se realizaron y no se legalizaron, que nunca fueron aplicados al proyecto.** Entonces sin duda tenemos la convicción de que este señor hizo uso de recursos del proyecto, y digámoslo, los utilizó de forma irregular, hasta el punto que mi representada, interpuso una denuncia penal por ese concepto, digamos con el convencimiento de que así fue³.”* Resaltado intencional

iv) Testimonio de MARÍA CLARA OJALVO RODRÍGUEZ:

*“[...] Nosotros ya después de pedir un detalle que no teníamos, a ALIANZA FIDUCIARIA, **nos dimos cuenta que muchos de esos sub rubros o anticipos que había pedido el gerente, llevaban más de doce meses sin legalizar, y no había ningún tipo de gestión por parte de ALIANZA para la legalización de los mismos.** Entonces siempre se debe legalizar; normalmente el gerente pide una orden de giro, y al mes, máximo dos meses legaliza, pero acá la gestión de ALIANZA fue muy deficiente en el tema, y había anticipos que sobrepasaban doce, catorce, quince meses sin ningún tipo de legalización.”* Negrillas del Tribunal

v) Declaración de JUAN FRANCISCO MARÍN GONZÁLEZ, quien fue encargado de una auditoría para “esclarecer la destinación de unos recursos que presuntamente se habían utilizado indebidamente”, según sus palabras:

“Digamos que ahí entendimos que el proceso constaba de tres etapas; la primera era una instrucción de giro que debía de remitir OIU a ALIANZA, donde el gerente tenía total discrecionalidad, como consta en el contrato de fiducia

³ De lo relacionado con la denuncia penal trató en extenso el testimonio del abogado MISAEL EDUARDO GARZÓN BARRETO.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

*para instruir estos giros; posteriormente ALIANZA contra esa instrucción, que era un simple formato, donde entre otros pedía simplemente quién era el tercero beneficiario, cuál era el monto del recurso y cuál era el método de pago. Con esto ALIANZA, y con la firma de Camilo Ayerbe, representante legal de OIU, debía hacer los giros; en un segundo momento ALIANZA debía de solicitarle a OIU que enviara un formato de legalización donde debía de dar una explicación clara de cuál había sido el uso de esos recursos; y en un tercer momento ALIANZA, tras la recepción de esta instrucción de legalización, procedía a contabilizar y a causar el respectivo uso de estos recursos. Digamos que el proceso así funcionó siempre, digamos que como lo pedía el contrato de fiducia, ALIANZA allegaba las instrucciones de giro firmadas con los conceptos que les mencionaba; ALIANZA la recibía, ALIANZA giraba los recursos. **Digamos que lo que falló fue el segundo momento, y es que OIU llegó un momento en el que no remitió los formatos de legalización, y por ende ALIANZA no pudo llegar a ese tercer momento donde causaba en la contabilidad del Fideicomiso el uso respectivo de esos recursos. Digamos que todo quedaba en una cuenta que ampliamente hemos llamado “Anticipos pendientes por legalizar”.** Resaltado del Tribunal.*

vi) Los dictámenes periciales de las dos partes, asimismo, dan cuenta de estas situaciones.

Conforme al rendido por DELOITTE ASESORES Y CONSULTORES LTDA, a página 43, se lee que

De acuerdo con los estados financieros emitidos por Alianza Fiduciaria, se observa que a junio de 2020 hay un saldo por legalizar de COP\$9.149 millones. Así mismo, los giros totales observados en los extractos emitidos por la misma fiduciaria, suman COP\$15.508 millones, lo que significa que se han legalizado a junio de 2020 un valor de COP\$6.358 millones.

Del análisis anterior se concluye que:

- *La mayoría de los anticipos instruidos por OIU a Alianza Fiduciaria, están sin legalizar.*
- *A la luz de los anticipos no legalizados, concluimos que no se tiene certeza sobre el uso de estos recursos en el desarrollo de Proyecto.*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

- *OIU, fue el mayor beneficiario en los giros realizados por el fideicomiso PA Boho Market, con transacciones por un total de COP\$6.053 millones, de los cuales no se tiene certeza del uso de los recursos en relación con el Proyecto.*
- *En el proceso de instrucción de giro, no hay certeza sobre el beneficiario del giro. Del mismo modo, no hay certeza del beneficiario de la legalización de los giros en los estados financieros. En consecuencia, de lo anterior, no es concluyente el uso y legalización de los recursos.*

De su lado, la pericia rendida por RSM ASSURANCE & AUDIT S.A, en la página 57 y siguientes, señala casos de anticipos sin legalizar, desde diciembre de 2016.

vii) La rendición de cuentas de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. al convocante, con corte a 30 de junio de 2020, señaló que por información de Alianza, de 23 de marzo de 2020, la contabilización de los usos de los recursos del patrimonio autónomo subyacente para el desarrollo del proyecto presentaba cifras sin identificar y/o legalizar por más del cincuenta por ciento, con inicio en 2018 e incremento en 2019 y que se tenían “*serios indicios de irregularidades graves en la utilización de recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente desembolsados por Alianza atendiendo instrucciones del Gerente del Proyecto, quien aparentemente los habría desviado y destinado a asuntos diferentes al desarrollo de la obra de construcción del Proyecto, por una cuantía aproximada de cuatro mil cuatrocientos setenta millones de pesos M/L (COP 4.470.000.000), equivalentes al 38% de las fuentes netas del Proyecto*”

2.2.2.3 La información a los inversionistas

Con el título de RENDICIÓN DE CUENTAS Patrimonio Autónomo Derechos Boho Market Calle 18, en membrete de BTG PACTUAL y firma de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., se agregaron al proceso los siguientes informes de rendición de cuentas en que figura como fideicomitente JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ:

FECHA DE CORTE	PERÍODO DE RENDICIÓN
30 de junio de 2018	15 de febrero de 2018 al 30 de junio de 2018
31 de diciembre de 2018	1 de julio a 31 de diciembre de 2018
30 de junio de 2019	1 de enero de 2019 a 30 de junio de 2019
31 de diciembre de 2019	1 de julio de 2019 a 31 de diciembre de 2019
30 de junio de 2020	1 de enero de 2020 a 30 de junio de 2020

En los tres primeros documentos se leen textos iguales conforme a los cuales “*Los recursos llamados hasta la fecha de este informe han sido destinados principalmente a la adquisición del lote y a los costos preoperativos de la obra*”. En el cuarto, sobre *Información de desempeño*, se señaló:

“A la fecha de este informe, la obra presentaba un avance del 25%. Esta se encuentra suspendida desde el mes de agosto de 2019. El proyecto cuenta con provisionales de obra: Red eléctrica, cerramiento fontal, red de acueducto y alcantarillado y un campamento provisional. La cimentación está construida al 100%.

La estructura en concreto tiene un avance del 79%: se tiene construida la estructura de 4 pisos completos y parcialmente 5to y 6to”.

Todos estos informes indicaron que “*A la fecha de corte a la presente rendición, BTG PACTUAL Sociedad Fiduciaria S.A. como administradora y vocera del Fideicomiso, no conoce la existencia de pleitos o litigios sobre los bienes fideicomitidos. Adicionalmente no existen quejas y/o reclamos que se hayan presentado, en desarrollo del negocio fiduciario por parte de cualquier persona natural o jurídica*”. Con todo, en la última de las rendiciones se incluyeron unos complementos relacionados con reclamaciones de los fideicomitentes y situación del inmueble en cuanto a la restitución a Bancolombia.

Reposan en la foliatura también *informes de seguimiento o de actualización*, a junio de 2018, agosto de 2018, octubre de 2018, enero de 2019 (cifras a noviembre de 2018), y febrero y abril de 2019 (ambos con cifras a enero de 2019). Con similar estructura, se exhibieron en ellos algunos avances en construcción y actividades de mercadeo y sobre la distribución de recursos no se mostraron allí revelaciones especiales ni cambios.

2.2.2.4 La suspensión de la construcción

Por rendición de cuentas de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. con corte a 31 de diciembre de 2019, es claro que para entonces supo de la parálisis de la obra, pues lo hizo constar en ese documento, en el cual se anotó que esa suspensión databa de agosto de ese año.

Fue aportada al proceso copia de una comunicación de 5 de agosto de 2020, dirigida por las convocadas a ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en la cual expresaron:

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Ante las inquietudes de BTG Pactual Sociedad Fiduciaria S.A., y BTG Pactual Reincome S.A.S., sobre el avance y la posterior parálisis total del proyecto de desarrollo inmobiliario denominado “Boho Food Market Calle 18” (el adelante “Proyecto”), materia del patrimonio autónomo FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18, y dada la ausencia de información confiable y suficiente, fue necesario requerir de Alianza la complementación y aclaración de los datos suministrados. En efecto, desde noviembre de 2019, BTG Pactual Sociedad Fiduciaria S.A., y BTG Pactual Reincome S.A.S., realizaron múltiples solicitudes de información, las cuales derivaron en objeción a informes de rendición de cuentas de Alianza, objeción a los estados financieros del FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18, requerimientos adicionales de suministro de documentación contractual, requerimientos de suministro de información relevante, y cuestionamientos sobre criterios de contabilización en dicho fideicomiso, entre otros.

Significa este texto que antes de noviembre de 2019, o para entonces, las demandadas tuvieron conocimiento de la parálisis del proyecto. No se registra en la prueba obtenida, sin embargo, que esa situación la hubieran sabido como fruto de sus acciones como vocera de los fideicomitentes de inversión o como Administrador Designado. Por el contrario, de algunos testimonios escuchados se tiene que fueron los propios fideicomitentes los que alertaron del problema que se afrontaba.

Véase al efecto, en primer lugar, la declaración de JUAN PABLO ÁNGEL ARANGO, que en el punto es corroborada por el testigo MAURICIO MOLINA URIBE⁴ :

PREGUNTADO: *Juan Pablo, ¿y sabes cuál es la causa por qué no se pudo desarrollar este proyecto? CONTESTÓ:* *Primero, te voy a contar la causa de cómo me di cuenta; después de dificultades con los informes y una información muy ambigua, yo hablaba constantemente con Verónica Vélez, que era la manager de la cuenta mía en BTG, yo le preguntaba: “¿Cómo va el proyecto,*

⁴ “[...]yo con la gente de BTG nunca tuve contacto, ellos nunca me llamaron para ninguna reunión, ni ninguna asamblea, y pues el contacto que yo tenía más directo con ellos era a través de Juan Pablo, porque Juan Pablo tengo entendido que la señora Verónica Vélez le manejaba sus negocios que tenía ahí con BTG, y tenía buen conocimiento también con Eduardo Romero; y de él recuerdo que una vez después de un viaje que hizo a Bogotá, no recuerdo por qué, estaba en Bogotá, y el pasó a ver el inmueble y se dio cuenta que efectivamente estaba al 20%. Yo no recuerdo bien cuando fueron las fechas, yo me imagino que fue por allá después de mitad de año del 2019, y ya Juan Pablo obviamente me manifestó su preocupación, me dijo que aquí algo andaba mal”.

cómo va el proyecto?”, y ella me decía: “hombre, va bien, pero espérate que estamos buscando una reunión”; llamaba directamente al doctor Romero con quien al final tenía acceso a llamarlo directamente, y me decía: “hombre, vamos bien, sacamos el proyecto de Boho Usaquén, y el proyecto de BOHO MARKET CALLE 18, está todo vendido”; vendido se supone la ocupación, y me decía: “tenemos una lista de espera de (no sé cuántos) 60 chefs, que quieren entrar al proyecto, pero ya lo tenemos todo vendido”. Pero nunca me imaginé que el proyecto ni siquiera se había construido. Entonces en un viaje que tuve yo a Bogotá, por otra actividad completamente distinta, estando con un amigo le dije: “vení, quiero ir a revisar y mostrarte un proyecto en el que yo estoy metido con esta gente”, le conté de los inversores que estaban participando, le hablé de BTG, y manejando, incluso pasando por el frente del proyecto de calle 18, de las casas de viviendas de estudiantes, me encontré con que no había gente trabajando y estaba cerrado, y eso era en una tarde en un día de semana. Inmediatamente llamé a Eduardo y le dije: “Eduardo, qué pasa que yo veo esta obra tan demorada, que está tomando tanto tiempo, y yo veo que esto no tiene ni siquiera el porcentaje de construcción que vos me has dicho que lleva, yo veo esto supremamente atrasado, esto no lo van a terminar en un par de meses como decís vos”. Y de ahí en adelante las cosas empezaron a generar unas alertas o unas alarmas importantes, y poco tiempo después fue cuando dijeron que el proyecto había sido un proyecto fallido, que estaba quebrado, que no estaban los recursos para construirlo y que finalmente no era viable.

[...]

PREGUNTADO: *Quiero como aclarar este punto, y es: cuando tú detectaste que la obra estaba paralizada, ¿fue antes o después de la pandemia?*
CONTESTÓ: *Antes, antes de la pandemia; claramente antes.*

[...]

PREGUNTADO: *Pero entonces, si le entiendo bien, ¿sí le mencionaron que había habido una desviación?*
CONTESTÓ: *Sí, pero no en el momento que yo desperté la alarma, simplemente después de que ya se armó, cuando ya hubo una demanda de por medio; es correcto.*
PREGUNTADO: *¿Usted recuerda más o menos en que época fue que le mencionaron eso los de BTG?*
CONTESTÓ: *No, yo me acuerdo que fue sobre mitad de año, no me acuerdo*

bien el año específico, que yo estoy en Bogotá y hago la pregunta de por qué el proyecto está tan atrasado, y unos meses después es que dicen que el proyecto está parado. De hecho, entre el informe que nosotros recibimos, la memoria de pronto me falla, creo que el último informe había sido en agosto, si no estoy mal, de ese año, no me acuerdo qué año fue, a nosotros nos dijeron ya llegando diciembre o enero que el proyecto estaba parado y que había un inconveniente grandísimo con el constructor, o el gerente, o no sé quién.

Lo relatado será considerado por el Tribunal, en armonía con lo informado por otro de los fideicomitentes, GONZALO RESTREPO LÓPEZ, quien al ser preguntado por el Tribunal acerca de cómo expresó BTG PACTUAL que se encargaría de la administración de ese proyecto, en qué consistía esa labor, contestó: *“No, yo no me acuerdo, doctor; lo expresó que ellos, en todo caso no era solamente hacer los llamados de capital, administrar no era hacer los llamados de capital; era darle vuelta a la obra, ver que la obra fuera bien”*.

3. Estudio de las pretensiones

3.1 La pretensión declarativa de inexistencia de contrato

En la primera pretensión principal de su demanda, solicitó el actor que se declare la inexistencia del contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado el 17 de abril de 2018 con BTG RE INCOME S.A.S.

Fundamentó la misma en los hechos sexto (al decir que en cabeza de la cedente no existían derechos para ser cedidos), duodécimo (en el cual repitió que la cedente vendió un derecho que no tenía), decimosexto (en que aludió a carencia de poder de la apoderada del cesionario), decimoséptimo y decimoctavo (en que se refirió a una falta de consentimiento).

Dados los hechos en cuestión, resulta de importancia analizar: 1) El concepto de inexistencia jurídica; 2) el contrato de cesión que fue celebrado por el convocante con BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S; 3) el poder general otorgado por el demandante a su cónyuge; y 4) la declaración rendida por el demandante. De este modo se procurarán las conclusiones pertinentes.

3.1.1 El concepto de inexistencia jurídica

De la inexistencia se han ocupado doctrina y jurisprudencia ampliamente, ora para refutarla, ora para entenderla como institución inútil o irrelevante⁵, ora para reconocerla.

En efecto, ha sido común negar la inexistencia “como *figura iuris*, asimilándose en su disciplina y efectos a la nulidad absoluta”⁶. Quizá influyó en ello una cierta visión del derecho romano, aunque en el ámbito de este sistema se sostiene⁷ que “Si bien los juristas romanos no elaboraron un sistema de ineficacia de los actos jurídicos, la doctrina romanista es uniforme en que la invalidez de los actos tenía en Roma una doble recepción: en Derecho civil y en Derecho pretorio. En Derecho civil, los juristas se referían al acto señalando que este “no existe” o que “no hay nada” (*nullus momenti est o nullum actum est*). De esta manera, la calificación de un negocio en términos de nulidad expresaba la “inexistencia” del mismo y, por lo mismo, operaba *ipso iure*, es decir, no podía iniciarse un juicio con base en el contrato **nulo**, pues no existía la posibilidad de poner en movimiento una *actio*”.

La nulidad de pleno derecho, entonces, era la inexistencia. Esta, de modo autónomo, comenzó a adquirir fisonomía con los aportes sobre el derecho civil francés del jurista CARL SALOMON ZACAHARIE -muy en particular frente al matrimonio- y recibió sus impulsos posteriormente, en el siglo XIX, a pesar de los cuales no tuvo consagración legislativa en los ordenamientos en general. En Colombia fue el Código de Comercio en 1971 el receptor de esta sanción de los actos y de los negocios jurídicos, consagrada en el artículo 898, que adelante se comenta.

Un pacto inexistente, al decir de la Corte Suprema de Justicia⁸, es

⁵ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC-048 de 10 de julio de 1949, publicada en Gaceta Judicial 2075 y 2076, consideró que “Repetidamente la Sala de Casación Civil de la Corte ha reconocido en sus fallos la diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta; **pero no ha dejado de observar, cuando quiera que ha sido procedente, que para la inexistencia no ofrece nuestro sistema procedimental un camino peculiar y distinto, por lo cual es inoficioso, al menos prácticamente, insistir sobre la diferencia entre estos dos fenómenos jurídicos**”. Negrillas ajenas al texto.

⁶ WILLIAM NAMÉN VARGAS. *La ineficacia del negocio jurídico*. En: Estudios de derecho privado, *Liber Amicorum* en homenaje a César Gómez Estrada. tomo II. Universidad El Rosario, 2009. pág. 194.

⁷ LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA. *La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil Chileno*. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 No. 3, 2015, pág. 746

⁸ Sentencia de seis (6) de agosto de dos mil diez (2010), radicado 05001-3103-017-2002-00189-01.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

[...] aquél que no puede catalogarse como tal por carecer del mínimo esencial –in radice– que, en un cierto caso, permitiese hablar de contrato o de acto unilateral, el que no alcanza a nacer a la vida jurídica por faltarle una condición esencial, y, por ende, no produce efecto jurídico alguno o, como lo describió la Corporación, en términos generales “la ineficacia comprende todo desconocimiento o alteración de dichos resultados, partiendo de la propia negativa del ser o inexistencia, fenómeno...que es de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a reales ocurrencias vitales, que se desenvuelven con entera individualidad” (G. J., t. VII, 261; XVII, 128; L, 802/803; LVI, 125; LXVI, 351).

Así, si el negocio jurídico por definición consiste en la expresión de la voluntad dirigida a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, resulta obvio colegir que, al faltar aquella intención o el objeto al que apunta, podrá existir cualquier cosa o hecho, mas no un acto de esa índole, conclusión que asimismo se impone no sólo cuando el pacto es solemne y se pretermite la forma ad substantiam actus prescrita por la ley, porque, sin ésta, la voluntad se tiene por no manifestada, sino también en los casos en que se omiten los requisitos esenciales previstos por el ordenamiento para la especie de la que se llegara a tratar, ya que de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acuerdo tampoco existe o degenera en otro distinto; es que, cual lo expresara POTHIER, en todo convenio se “distinguen tres cosas diferentes...: las cosas que son de la esencia del contrato; las que son únicamente de la naturaleza del contrato, y las que son puramente accidentales al contrato”, siendo que las primeras “...son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir (existir substancialmente). En faltando una de ellas, ya no hay contrato, o bien es otra especie de contrato... La falta de una de las cosas que son de la esencia del contrato impide el que exista clase alguna de contrato; algunas veces esa falta cambia la naturaleza del contrato” (Tratado de las Obligaciones, Casa Editorial Araluce Cortés, 392, Barcelona, Tomo I, pags. 8 y 9).

Justamente, el artículo 898 del Código de Comercio establece:

ARTÍCULO 898. La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.

Dos caminos conducen a la inexistencia jurídica, a la luz de esta disposición: de un lado, que al celebrar el negocio no se observen las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación; y de otro, que falte alguno de sus elementos esenciales.

Se enseña⁹ en esa línea que

La inexistencia se presenta por omisión de los elementos esenciales (essentialia negotia) o de la forma solemne, sustancial o constitutiva (ad substantiam actus o ad solemnitatem), de conformidad con la definición concreta del tipo negocial o “síntesis de sus elementos esenciales”, necesarios e imprescindibles para la existencia del tipo contractual y en cuya descripción se establecen. [...].

[...]

Así, por razones lógicas ineludibles, la compra de una cosa propia, el seguro de un riesgo inexistente, p.ej., de vida respecto de una persona fallecida, de daño de cosa destruida, etc., no existen en cuanto tal. La categoría de un contrato, en consecuencia, depende de su definición y elementos esenciales, así las partes no lo indiquen o hicieren a contrariedad de su tipo, ya por yerro, ignorancia u otros factores.

Aunque para algún sector doctrinal la inexistencia es figura jurídica concreta, específica, singular, porque “no existen causas genéricas o abstractas de inexistencia”¹⁰, indudablemente la noción misma de acto y de negocio jurídico da pie para considerar que además de las vías contempladas en el artículo 898 citado, la ausencia de la voluntad y más puntualmente que ella no sea manifestada son otras rutas para estructurar la inexistencia, si se atiende a que el acto y el negocio jurídico son expresiones de voluntad encaminadas a generar efectos jurídicos.

⁹ NAMÉN VARGAS, *op. cit.*, pág. 195.

¹⁰ Ídem, pág.197.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Igualmente, si por obra del artículo 1502 del Código Civil toda declaración de voluntad debe recaer sobre un objeto y tener una causa, puede inferirse en principio que la carencia de ambos produce la inexistencia del acto, negocio o contrato.

Finalmente, interesa reseñar que el acto jurídicamente inexistente no produce efectos jurídicos, no obstante, lo cual, de él puede derivarse una apariencia de haberse originado.

De ahí que pueda recordarse, con la Corte Suprema de Justicia¹¹:

7. Ahora bien, la citada forma de ineficacia –la inexistencia– opera, por regla general, de pleno derecho, en el sentido de que cuando uno de los motivos a través de los cuales se la concibe brota en forma diamantina u ostensible, se produce automáticamente, ipso iure, sin necesidad de un fallo judicial que la declare; de este modo, una vez comprobada por el juez, ello impedirá que este pueda acceder a pretensiones fundadas en un pacto con una anomalía tal, porque para ello tendría que admitir que el mismo sí satisface a plenitud las mencionadas condiciones esenciales generales al igual que las similares atinentes al específico asunto del que se tratare; en caso de que no, reiterase, en la hipótesis de que no reúna los unos y los otros, el convenio no producirá efecto alguno, sin que sea menester de un pronunciamiento que así lo reconozca, pues basta que el juez constate la deficiencia que de manera palmaria la tipifique para que descalifique las súplicas que se pudieran fundar en el pacto que la ley tiene por inexistente; contrariamente, en las hipótesis en que la mentada anomalía no se evidencie en forma manifiesta, sino que exija la decisión respectiva de la jurisdicción, cual sucede si el acto existe de manera aparente, le tocará entonces al interesado destruir, ya a través de la acción ora de la excepción, esa apariencia (acto putativo).

Este panorama, entonces, será el que utilizará el Tribunal para definir si la pretensión primera de la demanda puede o no ser acogida.

¹¹ Sentencia de seis (6) de agosto de dos mil diez (2010), radicado 05001-3103-017-2002-00189-01.

3.1.2 El contrato de cesión celebrado por el demandante con BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

Dentro de la audiencia llevada a cabo el 22 de junio de 2021, en la cual rindió testimonio, informó la declarante MARÍA CLARA OJALVO RODRÍGUEZ, ingeniera administradora de la Escuela de Ingeniería, con especialización en servicios públicos domiciliarios y maestría en administración financiera, CEO de Asset Management, en BTG PACTUAL COMISIONISTA DE BOLSA y representante legal de ésta, así como gerente de todos los fondos de inversión colectiva de la firma, que a finales o mediados de 2017 tuvo con el convocante JUAN CARLOS OSORIO una reunión en la que le presentó la propuesta para vincularse como inversionista. Narró que era entonces la representante legal de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. y habían empezado un levantamiento de capital para un proyecto que se llamaba BOHO CALLE 18. Comentó que ya se tenía constituido un patrimonio autónomo, con varios fideicomitentes y que uno de los iniciales era BTG PACTUAL RE INCOME, que actuaba en su momento como Administrador Designado y fideicomitente.

Agregó que, por intermedio de JUAN PABLO ÁNGEL, quien era fideicomitente, pero que no estuvo en la reunión aludida, se organizó ésta, con el señor OSORIO, que no había tenido negocios previos con BTG y fue solo. Ella estuvo acompañada de EDUARDO ROMERO y de VERÓNICA VÉLEZ, empleada de la COMISIONISTA DE BOLSA, quien era la comercial asignada al cliente.

En la reunión le hicieron una presentación estándar, es decir, igual para todos los clientes, consistente a grandes rasgos, primero, en un resumen ejecutivo del proyecto, con un diagrama en que se mostraba la fecha posible de construcción, cuánto era el presupuesto estimado del proyecto, cuánto eran los costos directos, los indirectos, los honorarios, cuánto valía el lote, rentabilidades esperadas según momentos diferentes del tiempo, la estructura de capital y de deuda que se iba a tener, metros construidos o cuántos locales comerciales. Asimismo, se expuso el esquema de inversión, o sea el fiduciario que se iba a utilizar, en el que habría un flujo y que los inversionistas entrarían a un fideicomiso, un patrimonio autónomo constituido en la FIDUCIARIA BTG. Se precisó que después el proyecto inmobiliario se iba a desarrollar en un patrimonio autónomo de ALIANZA; y por último que había un patrimonio autónomo de parqueo, en que estaba el lote donde se iba a desarrollar el inmueble.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Luego se le presentaron los diferentes actores del proyecto: ALIANZA FIDUCIARIA, BTG FIDUCIARIA, administrador de RE INCOME y se dio una breve explicación de los roles y el alcance que iba a tener cada uno en el proyecto.

Por último, se le dio a conocer un estudio financiero del proyecto, con unos análisis de sensibilidad para mirar esa rentabilidad, la TIR, que se les planteaba a los inversionistas bajo unos supuestos de vacancia o de ocupación que iba a tener el proyecto, para saber cuál sería el resultado esperado. Y la expectativa en los llamados de capital y en la necesidad de recursos que iba a tener el proyecto, que al final se mostraban unos renders y una conceptualización del proyecto inmobiliario.

En abril de 2018, narró la deponente, asistió el señor OSORIO con su esposa a una segunda reunión, a la que no concurrió la testigo.

Acerca de forma como participó el actor en la primera reunión, su actitud, la conducta que desplegó, la disposición, si hizo preguntas y cuáles, señaló la señora OJALVO que se agotó toda la presentación y que el accionante “tuvo como algunas dudas del concepto más que todo inmobiliario, como cuál era el target, que tipo de negocios se iban a tener, pero la verdad fue muy pocas las preguntas que hizo, no nos hizo preguntas, que yo recuerde, del tema financiero, o del tema de los llamados, o del tema de la estructura; preguntó fue un poquito del tema del negocio, pero no hubo preguntas muy de fondo del negocio”, que mencionó que “él no tenía mucha experticia en el tema inmobiliario, y que por eso había decidido como participar en un negocio con nosotros. Pero no nos contó si tenía experiencia puntual o no, me acuerdo que nos contó que no, creo que era de sus primeras inversiones en el tema inmobiliario”.

Coincide esta versión, en líneas generales, con la recibida el 9 de abril de 2021 a JUAN PABLO ÁNGEL ARANGO, fideicomitente inicial, pues este declarante aseguró que estuvo en la reunión a la que alude la señora OJALVO. Según sus palabras, en una conversación con el demandante le expresó éste que tenía interés en realizar una inversión, lo que recordó después cuando el señor EDUARDO ROMERO le comunicó que había una plaza o cupo en la fiducia del negocio de BOHO MARKET: “Una semana o dos semanas después, no sé en cuánto tiempo el tiempo cronológico cómo fue, pero sí muy poco tiempo después, con la doctora Verónica Vélez y el doctor Eduardo Romero, se coordina una reunión en las oficinas de BTG, en las oficinas aquí en Medellín, ahí en San Fernando Plaza, y JUAN CARLOS, yo estoy con él en la reunión, Verónica y Eduardo le hacen la presentación de dicho proyecto; a lo que JUAN CARLOS dice que él no entiende muy bien de las cosas, vuelve y pregunta que si yo

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

estoy en él; él se queda con toda la información, Verónica en este caso en particular queda con la información de JUAN CARLOS, y de ahí en adelante yo ya me desvinculo completamente; simplemente hago la presentación entre las partes y al final JUAN CARLOS termina vinculándose, pero ya lo supe un tiempo después”.

Pero el señor ÁNGEL ARANGO no supo de qué manera se vinculó el convocante al proyecto ni qué tipo de contrato específicamente celebró.

De su lado, la testigo VERÓNICA VÉLEZ ORTIZ, administradora de negocios con posgrado en finanzas, empleada por más de doce años en BTG PACTUAL, quien dijo ser la banquera del accionante, o sea “la persona encargada del tema de la asesoría de sus inversiones en BTG PACTUAL”, comunicó que ella asistió a la primera reunión con el señor OSORIO, en la que estuvieron Juan Pablo Ángel, María Clara Ojalvo y Eduardo Romero. Expuso que se le presentó al convocante toda la información, de qué se trataba el proyecto, cuáles eran las expectativas, cuáles eran los riesgos, se le hizo la presentación completa, que el proyecto se había cerrado, pero se le iba a tener en cuenta más adelante porque en la primera fase no podía entrar y que el único mecanismo para que pudiera entrar era a través de una cesión de derechos de RE INCOME, en las mismas condiciones de los otros fideicomitentes. El señor OSORIO, dijo, confirmó más adelante que sí quería participar y fue cuando se perfeccionó el resto de la operación, su vinculación a la firma comisionista y a la FIDUCIARIA y todo el tema de contratos.

Las versiones que vienen de recopilarse son suficientes para el Tribunal y le merecen crédito para establecer cómo fueron los tratos iniciales entre el demandante y las demandadas para la realización del negocio jurídico de cesión de derechos que aquel tilda de inexistente.

Brota de esa síntesis, sin esfuerzo, que el señor OSORIO ARBELÁEZ no fue fideicomitente original del fideicomiso de inversión de BOHO MARKET y que su llegada a él comenzó en diciembre de 2017 y concluyó en abril de 2018.

Pero obran también algunos documentos que respaldan el hecho.

Así, el 3 de marzo de 2018, el señor OSORIO ARBELÁEZ, mediante comunicación suscrita por intermedio de su apoderada BLANCA JULIET CEBALLOS OSORIO (prueba 3.9 allegada por la convocada BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. con la contestación a la demanda), ofreció invertir en el patrimonio autónomo derechos Boho

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Maket calle 18, por compra del 100% de la participación en él por la suma de novecientos millones de pesos (\$900.000.000) y la cesión del compromiso de capital en un 33%, por valor de cien millones de pesos (\$100.000.000).

El 15 de marzo de 2018 BTG RE INCOME notificó esta oferta a BTG PACTUAL FIDUCIARIA (comunicación adjunta a la respuesta a la demanda por parte de esta).

Y el 17 de abril de 2018 fue celebrado, por documento privado que fue aportado con la demanda, entre EDUARDO ROMERO JARAMILLO y MARIA CLARA OJALVO RODRÍGUEZ, en calidad de representantes legales de BTG PACTUAL RE INCOME SAS, como cedente y BLANCA JULIET CEBALLOS OSORIO, como apoderada, en ejercicio del poder general otorgado mediante la escritura pública 1962 otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Medellín el 18 de agosto de 2017, de JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ, como cesionario, un contrato de cesión de derechos fiduciarios y compromiso de capital derivado de un contrato de fiducia.

Para llegar a este punto, se recorrió un camino para la vinculación del demandante, como narró VERÓNICA VÉLEZ ORTIZ y se copia a continuación en forma textual, por el interés que representa para examen posterior:

Puntualmente JUAN CARLOS solamente hizo una inversión con nosotros. La inversión se hizo en un Club Deal, en un fondo cerrado, el cual pretendía invertir en un activo que se llama BOHO, BOHO MARKET, y ese fue el objetivo de su vinculación con BTG PACTUAL. Entonces a raíz de esa inversión de BOHO MARKET, él abrió con nosotros un fondo de liquidez para invertir los recursos; de este fondo liquidez se iban trasladando los recursos en la medida en que se fueron haciendo lo llamados de capital para el Patrimonio Autónomo de BOHO MARKET. Entonces por ahora con BTG PACTUAL, solamente tiene inversiones en el fondo liquidez y la inversión que tenía en BOHO.

[...]

JUAN CARLOS OSORIO empezó primero vinculándose a la firma comisionista de bolsa; a esta firma comisionista hizo un traslado de unos recursos que él tenía en su cuenta bancaria al fondo liquidez a su nombre, y de ahí se giraron unos recursos para vincularse como fideicomitente del patrimonio de BOHO.

[...]

*PREGUNTADA: BTG PACTUAL FIDUCIARIA, BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S, básicamente. La función suya era comercial, pero los que intervenían en el proyecto eran distintos entes del Grupo BTG PACTUAL. ¿Hubo información completa al señor JUAN CARLOS OSORIO y en general, no sé si a otros inversionistas, sobre ese aspecto? CONTESTÓ: **Sí, se le habló sobre RE INCOME, la gestión que hacía RE INCOME, que el proyecto iba a ser a través de un Patrimonio Autónomo en la FIDUCIARIA, y que él se tenía que vincular a la sociedad comisionista para poder trasladar los recursos que tenía en su cuenta bancaria y tenerlos en el fondo de liquidez. Incluso dentro del contrato que él firmó, dentro del contrato de los fideicomitentes y de los que firmaron otros fideicomitentes, está como la explicación de cada uno de los entes que participan en el proyecto. (Negritas agregadas).***

De allí siguió la suscripción del contrato, en el cual consignaron las partes, previas al clausulado, algunas consideraciones de naturaleza declarativa, pero que cuentan con mérito demostrativo.

Se dijo que el 13 de diciembre de 2017 el cedente y otros fideicomitentes, suscribieron un contrato de fiducia mercantil de inversión con BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., mediante el cual se constituyó el PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET CALLE 18, y que de ese negocio jurídico se derivaron unos derechos fiduciarios específicos para el cedente, así como un compromiso de capital.

Expresaron igualmente que el cedente, a través de la fiduciaria, cumplió lo previsto sobre derecho de preferencia (sección 8.2 del contrato de fiducia), sin recibir de parte de los demás fideicomitentes notificación de su interés en adquirir los derechos fiduciarios que serían objeto de la cesión o el compromiso de capital del cual era obligado aquél.

Basados en esos antecedentes, determinaron en la cláusula primera el objeto del contrato de cesión, de la siguiente forma:

Cláusula 1. Objeto. *El Cedente transfiere al Cesionario lo siguiente:*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

(i) El cien por ciento (100 %) de los Derechos Fiduciarios (diferentes de los derechos fiduciarios derivados de su Participación Incremental, según esté término se define en el Contrato de Fiducia de que es titular derivados del Contrato de Fiducia (los ‘Derechos Fiduciarios Cedidos”).

(ii) El treinta y tres punto tres por ciento (33.3%) del Compromiso de Capital, pendiente de ser llamado, suscrito por parte del Cedente a favor del Patrimonio Autónomo (el “Compromiso de Capital Cedido”).

El compromiso de capital cedido comportaba la transferencia de la obligación de realizar aportes al patrimonio autónomo, de acuerdo con lo señalado en la cláusula tercera.

Pactaron los contratantes en la cláusula segunda el precio y su forma de pago. El cesionario se obligó a pagar al cedente NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$900,000,000), mediante giro que haría dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de firma del contrato, en una cuenta corriente del Banco Davivienda, de la que era titular BTG PACTUAL RE INCOME SAS.

También aparecen en la cláusula cuarta unas declaraciones de las partes, de las cuales interesa destacar la segunda, correspondiente a manifestación del cesionario, según la cual expresó (i) que había tenido oportunidad de conocer íntegramente el contrato de fiducia cuyos derechos fiduciarios y compromiso de capital le eran cedidos; (ii) su conformidad con su objeto, finalidad y estado de ejecución; y (iii) que aceptaba integralmente su clausulado.

Ahora bien, como se reseñó, el convocante aduce en el hecho sexto de la demanda que en cabeza de la sociedad cedente no existían derechos para ser cedidos y en el duodécimo repite que la venta lo fue de un derecho que la cedente no tenía. En este último afirma que la transferencia sería de los derechos fiduciarios del patrimonio autónomo Derechos Boho Market calle 18, “derechos que en el momento de la celebración del contrato no tenía, por no haber hecho los aportes necesarios para hacerse titular de ellos”.

Se ocupa el Código de Comercio, a partir del artículo 887, de la cesión de un contrato, que puede tenerse como la sustitución de una parte contractual “por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución” (palabras de la disposición referida).

La cesión, que puede hacerse verbalmente o por escrito, según que el contrato conste o no por escrito (artículo 888), impone al cedente la obligación de responder de la existencia y validez del contrato cedido y de sus garantías, aunque, salvo estipulación expresa en contrario, no de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes.

Para la doctrina, es más exacto denominar la institución como cesión de posición contractual.

Del resumen traído del contrato de cesión entre el actor y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., emerge que esta compañía cedió su posición contractual en el contrato de fiducia de inversión de 13 de diciembre de 2017 acordado por la cedente y otros fideicomitentes - LUZ STELLA VARGAS PATIÑO, CECILIA CAVELIER RICCARDI, JUAN PABLO CAVELIER LOZANO, MATTEO CAVELIER RICCARDI, COURCELLES S.A.S., INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ S.A.S., JARAMILLO BUSTAMANTE S.A.S., INLAMM S.A.S., PANERAI S.A.S – con BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., contrato que también obra en los autos.

Tal contrato de fiducia de inversión tenía por objeto la constitución de un patrimonio autónomo con los bienes fideicomitidos transferidos y los que se transfirieran en el futuro por los fideicomitentes, para ser invertidos en la forma prevista en aquél.

Ahora bien. En el dictamen que hizo valer la parte promotora del proceso, en las páginas 1705 y 1706, se da cuenta del registro contable de los aportes de capital iniciales y otros, de los fideicomitentes. Ahí figura BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. con un primer aporte de CIENTO OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$181.818) realizado el 15 de febrero de 2018 (fecha en que los demás fideicomitentes entregaron su primera inversión) y luego un llamado de capital el 28 de febrero de 2018, para el caso de la sociedad que acaba de nombrarse, por novecientos millones de pesos (\$900.000.000), en dos pagos, uno por QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000) y un segundo por CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$400.000.000), depositados el 27 de febrero de 2018 a la cuenta corriente Bancolombia 24584670939, de acuerdo con extracto que consta en anexos del dictamen y coincide con el anexo de la contestación a la demanda de BTG PACTUAL

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

RE INCOME S.A.S. número 3.5 y el anexo al dictamen pericial que las convocadas hicieron valer (anexo 39).

No cabe duda, entonces, de que BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S sí fue fideicomitente en la fiducia de inversión y, por lo mismo, era titular de los derechos que luego cedió al demandante el 17 de abril de 2018.

3.1.3 El poder general otorgado por el demandante a su cónyuge

Se alega en la demanda que la señora BLANCA JULIET CEBALLOS OSORIO no tenía facultad para obligar al convocante JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ mediante contratos de fiducia.

En efecto, en el hecho decimosexto del libelo introductor se anota que “[...] *luego de revisar el poder general (mandato) que el señor Osorio otorgó mediante escritura pública a su apoderada, se puede afirmar que en el mismo no se delegó el mandato de suscribir contratos de fiducia mercantil de inversión, siendo estos contratos totalmente complejos no solo por la índice jurídica sino por las condiciones financieras, tributarias y, en ese caso, criterios inmobiliarios o constructivos que debe conocer el fideicomitente antes de proceder a realizar una inversión, más aún cuando se trata de tan gran suma de dinero, ascendiente a más de MIL MILLONES DE PESOS*”.

Basado en lo anterior, pregona el demandante que hubo indebida representación y falta de capacidad de la apoderada CEBALLOS OSORIO, porque no tenía facultad para celebrar el contrato de cesión de derechos fiduciarios, por no aparecer en el texto de la escritura pública del apoderamiento. De donde lo que sucedió fue que la apoderada se extralimitó y, por lo tanto, ese acto no produce efectos para el representado, a la luz del artículo 833 del Código de Comercio.

Una lectura detallada de la queja consignada en la demanda lleva a afirmar que en la misma se mezclan diferentes situaciones que pueden relacionarse como sigue:

- a) Para el convocante, el poder no comprendía para la apoderada la facultad de obligarlo mediante contratos de fiducia, pues se requería facultad especial y, por ende, que se hubiera conferido expresamente. Es lo que brota de la frase *No se delegó el mandato de suscribir contratos de fiducia mercantil de inversión*.
- b) En otras palabras, carencia de poder.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

- c) Hubo un acto jurídico concluido por la apoderada.
- d) Ese acto es inoponible al presunto representado.
- e) El representado no emitió entonces su voluntad para ese negocio jurídico.
- f) Luego el negocio jurídico es inexistente

Deviene forzoso, por consiguiente, un examen del poder general visible en la escritura pública 1962 de 18 de agosto de 2017, elevada en la Notaría Segunda de Medellín y que en copia reposa en el expediente del proceso.

Se observa, en la manifestación primera del compareciente OSORIO ARBELÁEZ, que en la escritura plasmó ante notario su voluntad de que la apoderada actuara sin limitación alguna, con amplias facultades dispositivas y para que lo representara en todo lo relacionado con sus derechos reales y personales y ejecutara los contratos atinentes al manejo de sus bienes, obligaciones y derechos.

Ante semejante disposición unilateral, no puede pensarse que la apoderada carecía de poder para suscribir el contrato de cesión de derechos fiduciarios y de la obligación de aportar por llamado de capital, si además se tiene en cuenta que no fue la apoderada la única que asistió a las reuniones en que al señor OSORIO ARBELÁEZ se le informó de la operación que llevaría a cabo, pues como se dejó sentado en apartado anterior, el convocante conoció en una entrevista con representantes legales de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. en qué consistía el negocio en el cual podía invertir y los vehículos jurídicos y financieros que se emplearían.

La carencia del poder tendría que haberse demostrado por una revocatoria del mismo, que no consta en los autos.

Sin embargo, el examen que el accionante propone concierne, en el asunto particular, al establecimiento de una situación concreta: ¿para vincularse mediante la cesión de los derechos fiduciarios, requería la apoderada una facultad expresa?

La demanda afirma que sí y basa su argumento en los artículos 2158 del Código Civil y 833 del Código de Comercio. Han de confrontarse éstos, por tanto.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

El artículo 2158 del Código Civil establece:

“El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.

Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial”.

Cuando se otorga el mandato y no se expresa su alcance, se aplica esta regla: el mandato es para la realización de los actos naturalmente comprendidos en aquél y que son, básicamente, del giro ordinario de la actividad del mandante.

En ese contexto del artículo 2158, cuyo carácter es supletivo, el mandatario requerirá facultad expresamente conferida para recibir dineros de créditos que se le deban al mandante (artículo 1640 del Código Civil), novar (artículo 1688), efectuar ciertas compensaciones (artículo 1717) y transigir (artículo 2471).

Pero, ¿se expresó el alcance del apoderamiento constituido por el señor OSORIO ARBELÁEZ en la escritura en cuestión? Puede afirmarse que sí y lo fue con un texto abierto, de términos absolutos, como el ya resaltado: *“sin limitación alguna, con amplias facultades dispositivas y para que lo representara en todo lo relacionado con sus derechos reales y personales y ejecutara los contratos atinentes al manejo de sus bienes, obligaciones y derechos”.*

Más todavía, se subraya que dentro del conjunto explícito de casos en que se facultó, es decir, de la lista que se incluyó en la escritura, se infiere que no tenía la apoderada limitaciones específicas para celebrar contratos fiduciarios de inversión, cuya naturaleza financiera sirve para entender que los abarca el numeral 36 de la cláusula primera del poder.

Y, en fin, porque el listado de ejemplos, casos o actos, se cerró con facultades para la apoderada del siguiente modo en la citada escritura pública 1962:

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

45. En general, para que asuma la personería y representación de el (la) poderdante, siempre que lo estime conveniente, de manera que en ningún caso quede sin representación en los asuntos que le interesen, y así expresamente no consten en los literales descritos, pues debe tenerse en cuenta el carácter general de este mandato

JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ no se convirtió en cesionario de los derechos fiduciarios de que era titular BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S por la decisión de su apoderada. Quería, como relató el testigo ÁNGEL ARANGO, después de haber sufrido un fracaso en una inversión inmobiliaria, realizar otra, que le fue presentada en diciembre de 2017 y a la cual se sumó en abril de 2018. Esto es, se trataba de un asunto de su interés y por lo expresado en párrafos precedentes, podía la apoderada suscribir el contrato de cesión.

Acerca de la extralimitación de facultades, bastante obvio es que se produce cuando el acto celebrado no le fue permitido al apoderado.

El primer párrafo del artículo 833 del Código de Comercio que invoca el demandante prevé que “Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste”. A contrario sensu, no producen efectos los concluidos por fuera del límite de los poderes.

La cuestión, empero, no merece análisis extenso, porque lo que debe mirarse es si el poder otorgado por el demandante contenía la facultad de celebrar el contrato de cesión. Y se observa que la apoderada sí podía celebrarlo.

Además, podrían revisarse otras disposiciones:

a) Artículo 840 del Código de Comercio. Determina, como lo hace el artículo 2158 del Código Civil, que un representante puede ejecutar los actos comprendidos dentro del giro ordinario de los negocios cuya gestión se le haya encomendado, pero que necesita de un poder especial para aquellos respecto de los cuales la ley así lo exija.

Dicho de otro modo, se reservó la ley la indicación de casos puntuales en los que es indispensable un poder especial.

Entre ellos, sin embargo, no se cuenta la celebración de contratos fiduciarios.

b) Artículo 1263 del Código de Comercio, conforme al cual, en primer término, “El mandato comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento”. Y, adicionalmente, “El mandato general no comprenderá los actos que exceden del giro ordinario del negocio, o negocios encomendados, salvo que se haya otorgado autorización expresa y especial”.

c) El artículo 1266 del mismo ordenamiento mercantil, que tras de fijar la regla de que “El mandatario no podrá exceder los límites de su encargo”, agrega que “Los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique”.

Justamente es el último de los preceptos referidos el que conduce a considerar al Tribunal que, si acaso hubiera existido extralimitación de la apoderada CEBALLOS OSORIO, fue el señor OSORIO ARBELÁEZ quien cumplió la prestación que a su nombre se contrajo en el contrato de 17 de abril de 2018. Cuando menos, sería una ratificación del acto.

3.1.4 La declaración rendida por el demandante

El señor JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ absolvió interrogatorio de parte en audiencia que tuvo lugar el nueve (9) de marzo de dos mil veintiuno (2021) y en sus respuestas admitió que fue JUAN PABLO ÁNGEL quien le mencionó la oportunidad de inversión en el proyecto BOHO FOOD MARKET, porque era una buena posibilidad. Recordó cuando se le preguntó si se había reunido con funcionarios de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., o de BTG RE INCOME, o de BTG SOCIEDAD COMISIONISTA DE BOLSA., haber tenido algunas reuniones, dos, tres o cuatro, con una dama y con su asesor, cuyos nombres no citó y que le mostraron un edificio pero que no le entregaron presentación del proyecto. Aceptó que no solicitó ninguna información extra¹² y que no leyó el contrato de fiducia.

¹² Como se destacó en otro lugar, el demandante rindió la declaración de parte solicitada por su apoderada. Y en ésta expresó, acerca de explicaciones recibidas sobre la figura de la fiducia: “No señora, nunca me interesó saber de ese tema. Desde un comienzo simplemente le dije a Juan Pablo que yo quería hacer el mismo tipo de inversión que él había hecho, que consideraba que era un hombre exitoso y que confiaba plenamente en él. **Pero no tengo conocimiento, ni nunca me interesé por preguntar, ni por extender las charlas de ellos.** Como dije anteriormente, siempre pensé que iba a ser un edificio de 5 pisos, para estudiantes, y ya; eso era todo”. Negrillas fuera de texto.

También expuso el interrogado que invirtió en el proyecto, que quizá fue él quien dio la instrucción de que se giraran los fondos ante un deseo de su señora y cuando se le indagó si había evaluado el negocio, con su esposa, respondió: “No señor, simplemente lo que ella quisiera conveniente, así se haría”.

Confesó el señor OSORIO ARBELÁEZ, al ser preguntado si la señora CEBALLOS OSORIO tenía facultades para tomar esas decisiones -de inversión- en nombre suyo, que efectivamente contaba con ellas: “Sí señor, tiene un derecho total sobre lo poco que yo tengo”.

Se desprende de todo lo anterior que la apoderada sí estaba facultada para suscribir el contrato de cesión de derechos fiduciarios de 17 de abril de 2018, con BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. y que este negocio fue conocido por el demandante, en lo que pudo y quiso enterarse, según su confesión.

3.1.5 Conclusiones

Asoma con claridad de todas las reflexiones y del análisis de la prueba abordada, que el contrato de cesión de derechos fiduciarios de 17 de abril de 2018 tuvo existencia jurídica, por no faltar ninguno de sus elementos esenciales y no estructurarse ninguno de los factores de eventual inexistencia numerados por la parte actora, dado que BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. si era titular de los derechos fiduciarios que cedió y la apoderada de JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ sí estaba facultada para suscribir el contrato de cesión que, en lo tocante a la inversión que en él se representaba, fue conocida por el accionante y querida¹³ y aceptada¹⁴ por él.

La cesión de los derechos fiduciarios de 17 de abril de 2018, en la cual se observaron las formalidades de ley y recayó sobre un objeto que tenía existencia, debe calificarse por el Tribunal como un negocio jurídico con existencia jurídica, constituyéndose ello en razón para no acceder a la primera pretensión de la demanda.

¹³ Como enteró el señor ÁNGEL ARANGO al Tribunal.

¹⁴ Así lo reconoció el demandante al referirse a las actuaciones de su apoderada, como su esposa.

3.2 La pretensión declarativa de nulidad absoluta de contrato

En la primera pretensión subsidiaria de la demanda, solicitó el señor JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ que se declare la nulidad absoluta del contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado el 17 de abril de 2018 con BTG RE INCOME S.A.S, que sustentó principalmente en el hecho decimotercero, al señalar que “[...] *la transferencia de derechos fiduciarios se hizo sobre los derechos derivados de la Participación Incremental, explicada en la sección 9.1 del contrato de fiducia mercantil. De esta manera, en la sección 8.3 del mencionad contrato, se establecen dos casos en los cuales BTG PACTUAL RE INCOME SS.A.S. como único fideicomitente titular de derechos derivados de la Participación Incremental, puede enajenarlos. Así, se establece que podrá transferir estos derechos si (a) el área arrendable (GLA) del Proyecto está arrendada en un porcentaje igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) o (b) luego de transcurridos tres (3) años después del inicio de operación del Proyecto. Al momento de la celebración del contrato de cesión ni a la fecha de presentación de esta demanda arbitral, ninguno de estos dos requisitos se había cumplido, viciando de nulidad el contrato en mención por objeto ilícito*”.

La argumentación anterior fue repetida en el numeral 6 del hecho decimoséptimo.

Bien comprendido el planteamiento de la parte convocante, se encuentra que ésta parte de la base de que BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. carecía de derechos fiduciarios y, en consecuencia, la cesión versó sobre los derechos derivados de la participación incremental, que apenas podía enajenar en las condiciones o momentos que el contrato de fiducia de inversión determinó, razón por la cual, al infringirse éste, la cesión adoleció de nulidad absoluta por objeto ilícito.

El artículo 1 del contrato de fiducia de inversión fechado el 13 de diciembre de 2017, allegado al plenario, contiene definiciones varias, entre ellas la de derechos fiduciarios, que son los correspondientes a los fideicomitentes en los patrimonios autónomos. En el artículo IX, sección 9.1, se reguló la participación incremental, de la cual sería beneficiaria BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., originada en los aportes por llamado de capital de los fideicomitentes diferentes a BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

Tal participación incremental era, a la luz de la disposición contractual, una cesión de un porcentaje de derechos fiduciarios.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Sin duda, estos derechos fiduciarios fundados en la participación incremental eran diferentes a los que BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. tuviera por haber sido fideicomitente inicial y por haber aportado en los llamados de capital anteriores a la cesión que hizo al demandante.

De la existencia de estos derechos fiduciarios en el patrimonio de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. se trató en las consideraciones efectuadas por el Tribunal en el examen de la pretensión primera, principal. Se concluyó, entonces, que esta sociedad depositó en cuenta de la fiduciaria tres partidas, por CIENTO OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$181.818) el 15 de febrero de 2018, otra por QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000) y una última por CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$400.000.000), éstas el 28 de febrero de 2018.

El hecho del pago de estos aportes, como inversión, fuente de derechos fiduciarios en el patrimonio autónomo de inversión, fue documentado en los dictámenes periciales allegados por las partes.

Así las cosas, la cláusula primera del contrato de cesión de derechos fiduciarios resulta clara y por ello no tiene que interpretarse fuera de su texto, en el cual se delimitó el objeto de cesión en el cien por ciento (100 %) de los derechos fiduciarios diferentes de los derechos fiduciarios derivados de la participación incremental de la cedente.

De allí que no sea necesario profundizar en la queja del accionante relacionada con la vulneración de requerimientos contractuales para la enajenación previstos en la sección 8.3 del contrato de fiducia de inversión, pues éstos son aplicables a la negociación de los derechos fiduciarios derivados de la participación incremental y no a otros. Y los que fueron cedidos al convocante fueron los fiduciarios surgidos de la inversión y no los procedentes de la participación incremental, vinculada a la cesión de derechos fiduciarios por otros fideicomitentes.

La nulidad absoluta de un acto o contrato, en el ámbito mercantil, procede en los supuestos que contempla el artículo 899 del Código de Comercio, que dispone:

Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1) *Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

2) *Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y*

3) *Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.*

Incumbe al juez analizar si alguna de estas causas tiene evidencia, dado el mandato del artículo 2 de la ley 50 de 1936, aplicable en materia comercial por la senda del artículo 822 del estatuto respectivo y a cuyo tenor “*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato*”.

Desde luego, ese examen corresponde hacerlo dentro del marco trazado en el proceso particular, que no es otro que el dibujado por la demanda misma.

En el asunto *sub lite*, no consta que se haya orientado por el actor su discusión acerca de la validez del contrato de cesión por ninguno de los supuestos referidos, a saber, por violación de una norma imperativa, por ilicitud del objeto o de la causa o por incapacidad absoluta de alguno de los contratantes.

Resalta el Tribunal ese cuadro, a propósito de revisar si, no obstante que el planteamiento del convocante no se dirige a desentrañar ninguna de esas circunstancias, pudo haberse configurado alguna.

Al efecto se tiene, confrontados los preceptos jurídicos, los superiores y los legales, que el contrato de cesión de derechos fiduciarios de 17 de abril de 2018 no quebrantó ninguna disposición imperativa que le fuera aplicable.

Y no se observa que la causa que hubiera llevado al contrato, o el objeto de éste, estuvieran afectados de ilicitud, o que el cesionario hubiera estado cobijado por una incapacidad de ejercicio absoluta o la cedente hubiera desbordado su capacidad estatutaria.

Muestran estas consideraciones, entonces, que no hay motivo legal para atender el pedido de nulidad absoluta deprecado por el accionante, porque ninguna de las hipótesis previstas por el artículo 899 citado se configuró en el caso.

Lo cierto es que el demandante no invocó para su súplica dicho artículo 899. En cambio, apeló a estructurar su argumento, dentro del contrato de fiducia de inversión y con un

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

punto de partida concreto, aunque desviado, al estimar que los derechos cedidos fueron los derivados de la participación incremental y en la cesión se había vulnerado lo pactado en ese contrato de fiducia.

Para el Tribunal las causas de nulidad de un acto o negocio no pueden ser determinadas por los contratantes. Los particulares, en la relativa amplitud de que gozan para el ejercicio de su autonomía privada, no están habilitados para crear elementos de validez o de invalidez de un acto jurídico o contrato y carecen de la potestad de producir sanciones consecuentes.

Mas, en gracia de discusión, en orden a dar respuesta a la tesis de la parte demandante, ¿Pueden los particulares pactar en sus contratos requisitos que impliquen ciertas prohibiciones, con el alcance de que la infracción de esas prohibiciones sea fuente de nulidad absoluta?

En este interrogante se ha interpretado el segmento de la demanda atrás referido, que parte del reglamento de la sección 8.3 del contrato de fiducia, en que se califica como prohibiciones a los hitos de desarrollo que debía tener el proyecto inmobiliario y cuyo acaecimiento daba vía libre a la cesión de los derechos fiduciarios provenientes de la participación incremental.

Considerada la nulidad absoluta, por su entidad de sanción, como institución de orden público, es claro que su consagración está reservada al legislador. Corresponde a éste diseñar los supuestos en que las manifestaciones de voluntad son válidas y cuándo no.

Acerca del objeto contractual, el ordenamiento civil colombiano estructura en los artículos 1519 a 1523 casos de ilicitud, por ejemplo, por no estar en el comercio o por contrariar el contrato del derecho público nacional. Ese conjunto de preceptos se integra por otros del sistema comercial, en materias como las de sociedades, como ocurre con el artículo 104 del Código de Comercio, conforme al cual hay objeto ilícito si las prestaciones a que se obligan los asociados, o la empresa, o la actividad social, son contrarios a la ley o al orden público.

Son, pues, las leyes, las que establecen, en forma imperativa, los términos de validez de los actos y contratos. Lo ha resaltado la jurisprudencia nacional¹⁵:

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia S-060 de 1 de julio de 2008, radicado 2001-00803

3. El acto dispositivo de intereses con relevancia jurídica, esto es, el negocio jurídico existente, es susceptible de juicios de valor en sentido positivo o negativo, según su conformidad o disparidad con el ordenamiento jurídico, para cuyo efecto, se analiza, coteja y confronta in concreto desde el punto de vista axiológico con la disciplina normativa general y particular. La reacción al quebranto de los dictados legales ex lege es la invalidez del negocio jurídico.

Válido es el acto dispositivo existente y ajustado a la plenitud del ordenamiento e inválido el contrapuesto o disconforme con sus valores, directrices ética-políticas, preceptos imperativos, el ius cogens, las buenas costumbres o aquejado de deficiencias congénitas o sobrevenidas en sus presupuestos de validez, o sea, la capacidad de parte, la legitimación o poder dispositivo y la idoneidad del objeto o, lo que es igual, la capacidad, la licitud de objeto, la licitud de la causa, el orden público, las buenas costumbres y el consentimiento exento de vicios. Los presupuestos de validez del negocio jurídico son distintos de sus elementos esenciales, se disciplinan de manera abstracta para todos los negocios y, además de los generales, en veces para ciertas categorías típicas. (Negrillas fuera de texto).

De modo que los particulares no pueden, en ejercicio de la autonomía privada, pactar sanciones. Su poder de autorregulación les faculta para establecer requisitos o condiciones, cuyo quebrantamiento podrá dar origen a un incumplimiento contractual, mas no a una consecuencia grave como la nulidad absoluta del negocio celebrado en contravención.

Así lo ha pensado la doctrina.

Verbi gratia, en Chile, escribió ARTURO ALESSANDRI BESSA¹⁶:

70. -Efecto que produce la omisión de un requisito convenido por las partes en la celebración de un acto jurídico- ¿Pueden las personas que celebran un contrato u otro acto jurídico bilateral, únicos en los cuales se puede presentar el problema, establecer que en caso de no cumplirse con lo convenido, o de infringir algo de lo acordado, el contrato podrá ser declarado nulo? Como

¹⁶ ARTURO ALESSANDRI BESSA. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil*. Tomo I. Santiago: Imprenta Universitaria, 1982. pág. 61

decíamos, esta cuestión se puede presentar únicamente en los actos bilaterales, sean contratos o no, porque son los únicos en que se requiere acuerdo de dos o más voluntades para su generación.

Dentro del principio de la autonomía de la voluntad que informa nuestro Derecho Civil, las partes contratantes pueden convenir en las estipulaciones que deseen, y tal cláusula es perfectamente válida: pueden establecerla, incorporándola a la convención. Pero por muy amplia que sea esa autonomía de la voluntad de que gozan, las partes no pueden llegar a cambiar la naturaleza jurídica de las instituciones, y los efectos que la ley les asigna, por lo cual, la cláusula mencionada debe ser considerada bajo su verdadero aspecto jurídico, que es, según el Código Civil, una condición resolutoria; en otras palabras, una modalidad del contrato o de la convención que se celebra, cuya inclusión en él o ella es válida, y más aún, que el Código Civil incluye expresamente en todo contrato bilateral, al decir, en su artículo 1489, que “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado” (inciso 1º) .

Entonces, si los contratantes fijaron prohibiciones o trazaron límites para la celebración de algunos actos, no atender las primeras o exceder los segundos no implica incurrir en una nulidad. Esta sólo brota de una norma general e imperativa dictada por el legislador. Justamente es lo que consagra el artículo 1523 del Código Civil, al prescribir que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Y en sentido similar, reza el artículo 6 del mismo Código que “*En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos*”.

Lo brevemente discurrido es suficiente para afirmar que la cesión de derechos fiduciarios realizada por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. a JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ no está afectada de nulidad absoluta por objeto ilícito, como cree la demanda.

3.3 Las segundas pretensiones subsidiarias

3.3.1 Contenido de las pretensiones

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

El convocante solicita en la primera de las PRETENSIONES SEGUNDAS SUBSIDIARIAS de la demanda que “sea declarado el incumplimiento contractual por parte de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA y de la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. en calidad de Administrador Designado por la inobservancia de sus funciones, responsabilidades y deberes indelegables derivados del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE INVERSIÓN celebrado el pasado 17 de diciembre de 2017 y de la Ley Comercial”.

En la segunda de las PRETENSIONES SEGUNDAS SUBSIDIARIAS, el convocante solicita que, como consecuencia de la anterior declaración, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA y, solidariamente, la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. en calidad de Administrador Designado, paguen lo siguiente, a título de perjuicios por incumplimiento contractual:

1. **Por concepto de daño emergente**, el valor total de MIL CUATRO MILLONES DE PESOS (\$1.004.000.000) representado en las erogaciones de dinero entregadas a un tercero por instrucción del Administrador Designado.
2. **Por concepto de lucro cesante**, los intereses moratorios liquidados sobre el capital desembolsado de MIL CUATRO MILLONES DE PESOS (\$1.004.000.000), a la tasa máxima legal moratoria permitida desde la fecha del desembolso hasta la fecha de la cancelación efectiva de la obligación, según lo indica el artículo 1616 del Código Civil.
3. **Por concepto de costas y gastos procesales**, los tasados como se establece en los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso.

Para decidir sobre estas pretensiones es preciso hacer un detenido examen, del cual se ocupa a continuación el Tribunal.

3.3.2 Las relaciones jurídicas surgidas entre las partes

3.3.2.1 El contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado entre BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. y el convocante, señor JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Como se puso de presente en otros apartados, mediante documento privado fechado el 17 de abril de 2018, BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. y el señor JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ celebraron un contrato de cesión de derechos fiduciarios. En virtud de dicho contrato, esa sociedad cedió al señor OSORIO los derechos fiduciarios que ella había adquirido, en su calidad de fideicomitente del CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN que celebró, junto con otros fideicomitentes, con la sociedad BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., el 13 de diciembre de 2017, contrato del cual surgió el denominado PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET CALLE 18.

En la cesión se incluyó el Compromiso de Capital al cual se había obligado la cedente, y se excluyeron unos derechos fiduciarios específicos derivados de la denominada “Participación Incremental” definida en el Contrato de Fiducia, los cuales conservó la cedente.

Ya han sido analizadas en el presente laudo las PRETENSIONES PRINCIPALES de la demanda, dirigidas a obtener la declaración de inexistencia del mencionado contrato de cesión de derechos fiduciarios, con sus respectivas consecuencias, así como las PRETENSIONES PRIMERAS SUBSIDIARIAS, que apuntan a la declaración de nulidad absoluta de dicho contrato, con sus efectos, pretensiones que, según se ha advertido, no están llamadas a prosperar.

En estos términos, se concentrará entonces el Tribunal en el análisis del CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN al cual quedó vinculado el señor JUAN CARLOS OSORIO, en calidad de fideicomitente, en virtud de la cesión de derechos fiduciarios llevada a cabo, fiducia a la cual están vinculadas, a la vez, desde su celebración, las dos convocadas, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en calidad de fiduciaria, y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., en calidad de “Administrador Designado”.

Con base en el análisis de la naturaleza, objeto, derechos y obligaciones de las partes, pasará luego el Tribunal a examinar si una o ambas convocadas incumplieron o no dicho CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN, pues ese análisis constituye elemento fundamental de la decisión que adoptará el Tribunal en relación con las PRETENSIONES SEGUNDAS SUBSIDIARIAS de la demanda.

3.3.2.2 El Contrato de Fiducia de Inversión al cual están vinculadas las partes

De este contrato, celebrado mediante documento privado del 13 de diciembre de 2017, se destacan los siguientes elementos:

3.3.2.2.1 Partes

Las siguientes partes celebraron el “CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN” mediante el cual se constituyó el “PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET CALLE 18”:

- En calidad de FIDUCIARIA, la sociedad BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., que se constituye en vocera del mencionado patrimonio autónomo.
- En calidad de FIDEICOMITENTES, varias personas naturales y jurídicas entre las cuales está la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

De conformidad con la Sección 13.3 del contrato, cada Fideicomitente tiene a la vez la calidad de Beneficiario, que podrá conservar total o parcialmente, para todos los fines patrimoniales derivados de dicho contrato, dada la facultad que se le otorga de designar a un beneficiario.

Como ya ha sido estudiado, mediante documento privado fechado el 17 de abril de 2018, BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. (el Cedente) cedió al convocante, señor JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ (el Cesionario), los derechos fiduciarios pertenecientes al Cedente, derivados del citado Contrato de Fiducia de Inversión (diferentes de los derechos fiduciarios derivados de la Participación Incremental definida en el Contrato de Fiducia), cesión que también incluyó el Compromiso de Capital al cual se había obligado el Cedente.

En virtud de esta cesión, el convocante, JUAN CARLOS OSORIO ARBELAÉZ, asumió la posición contractual de FIDEICOMITENTE que tenía el Cedente en dicho CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN, con la salvedad anotada.

- De conformidad con lo estipulado en la Sección 5.1 del CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN, la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. también se vinculó a dicho contrato como “Administrador Designado”, calidad que conserva.

En efecto, en la citada Sección se estipuló que “la Asamblea de Fideicomitentes designará a un tercero para que actúe como administrador del Patrimonio Autónomo (el “Administrador Designado”) y que será encargado de dar las instrucciones a la Fiduciaria en relación con las inversiones y de las demás instrucciones que disponga la Asamblea de Fideicomitentes, esto último de conformidad con los términos previstos en el presente Contrato”, a lo cual se agregó que “estas funciones son asumidas por el Administrador Designado, sin perjuicio de los deberes indelegables de la Fiduciaria establecidos en la ley colombiana”.

Cabe destacar que en el contrato “Patrimonio Autónomo” fue un término expresamente definido como “... *la ficción legal, que aunque no tiene personería jurídica está facultada para adquirir derechos y contraer obligaciones, en virtud del cual se conforma un conjunto de bienes y derechos a través de la transferencia que de ellos realizan los Fideicomitentes por este Contrato a la Fiduciaria a título de fiducia mercantil irrevocable de inversión, así como todos aquellos otros bienes o derechos que en el futuro ingresen al mismo, tal y como se prevé en el presente Contrato*” (literal (ff) de la Sección 1.1); ese término se distingue de los términos “Patrimonio Autónomo Inmobiliario” y “Patrimonio Autónomo Subyacente”, también definidos en el contrato (literales (gg) y (hh) de la misma Sección); y por “Fiduciaria”, desde el encabezamiento del contrato, se entiende a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Se estipuló en la citada Sección 5.1 que “para efectos del presente Contrato, los Fideicomitentes nombran como Administrador Designado inicial a la sociedad BTG Pactual Re Income SAS para que actúe, a través de cualquiera de sus representantes legales, en calidad de tal sin necesidad de que su nombramiento sea realizado por parte de la Asamblea de Fideicomitentes”.

3.3.2.2 Naturaleza

En la Sección 2.1 del contrato se define la naturaleza del mismo en los siguientes términos:

“El presente es un contrato de fiducia mercantil de inversión, el cual se rige por las disposiciones del Código de Comercio, del EOSF y de las demás normas vigentes de tiempo en tiempo que rigen la fiducia mercantil. El presente Contrato conlleva la transferencia de la propiedad de los Bienes Fideicomitados por parte de los

Fideicomitentes a favor de la Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo, para el cumplimiento del objeto establecido”.

3.3.2.2.3 Objeto

Aparece de una manera muy general en el literal a) de la Sección 2.1 del contrato, al indicarse que se trata de “un contrato de fiducia mercantil de inversión, que tiene por objeto la constitución de un patrimonio autónomo con los Bienes Fideicomitados transferidos y que transfieran en el futuro los Fideicomitentes, con la finalidad de que sean invertidos por la Fiduciaria de acuerdo a lo previsto en el presente Contrato”.

En la Sección 3.1 del contrato se califican como Bienes Fideicomitados, en esencia, los recursos transferidos por los Fideicomitentes a la Fiduciaria como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET CALLE 18, así como cualesquiera otros recursos o activos que por diversos conceptos lleguen a ingresar a dicho Patrimonio Autónomo.

Con todo, el literal (a) de la Sección 4.2 (Inversión de los Bienes Fideicomitados) contribuye a precisar, ya en forma muy concreta, el objeto específico perseguido por las partes con la celebración del CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN, objeto que resulta fundamental en la valoración jurídica del contenido y alcance de los derechos y obligaciones que emanan del mismo.

Así, en dicha Sección se establece expresamente que “el Patrimonio Autónomo invertirá principalmente en Derechos Fiduciarios Subyacentes” y que, para tal efecto, “los Fideicomitentes se obligan a aportar a favor del Patrimonio Autónomo los recursos necesarios para realizar dicha inversión en los Derechos Fiduciarios Subyacentes que sean determinados por parte del Administrador Designado, en las fechas y por los montos que les sean indicados por la Fiduciaria en los Llamados de Capital respectivos (en adelante, los “Aportes de Capital”), los cuales “serán realizados a prorrata de la Participación Proporcional de cada Fideicomitente con Compromisos de Capital o Compromisos Extra de Capital aún vigentes”.

Los “Derechos Fiduciarios Subyacentes” son definidos en el literal (g) del ARTICULO I del Contrato (DEFINICIONES) como “los derechos fiduciarios que corresponden a los fideicomitentes en el Patrimonio Autónomo Subyacente”.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

A su vez, el “Patrimonio Autónomo Subyacente” es definido, como ya se dijo, en el literal (hh) del mismo artículo como “el Patrimonio Autónomo BOHO Market Calle 18, administrado por Alianza Fiduciaria S.A. en calidad de fiduciaria, y constituido con el objeto de adquirir derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo Inmobiliario y realizar aportes a título de fiducia mercantil a dicho Patrimonio Autónomo Inmobiliario”.

Consta en el literal (gg) del mismo artículo, ya mencionado, que el “Patrimonio Autónomo Inmobiliario” es el Patrimonio Autónomo Fideicomiso 50C-105515” constituido y administrado por Alianza Fiduciaria S.A. en calidad de fiduciaria y (sic) través del cual se desarrollará el Proyecto”.

Finalmente, conforme al literal (ij) del mismo artículo, el “Proyecto” es el desarrollo inmobiliario denominado “Boho Food Market” el cual está ubicado en la ciudad de Bogotá, en la Carrera 4 No. 17-66, el cual está concebido para brindar al público un modelo de oferta gastronómica variada e innovadora en el sector de ubicación del mismo”.

De este conjunto de estipulaciones se concluye que las partes se vincularon al CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN con un objeto muy específico: el de invertir en un proyecto concreto definido en forma puntual en el contrato, y cuya estructura, cifras y forma de operar, entre otras características, fueron presentadas por la Convocada BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. con la participación de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., a los inversionistas que vinculó en calidad de Fideicomitentes, tanto en las presentaciones que les hizo sobre el proyecto, como en los documentos que les entregó en desarrollo de la gestión comercial que adelantó para vincularlos al negocio, como quedó plenamente establecido en la valoración probatoria del precedente numeral 3.1.2 de este laudo.

3.3.2.2.4 Obligaciones de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. conforme a la ley y al Contrato de Fiducia de Inversión

En virtud del CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN celebrado, la convocada BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. contrajo una serie de obligaciones y responsabilidades que surgen de las estipulaciones de dicho contrato y de la regulación legal del contrato de fiducia mercantil, la cual se incorpora al mismo como consecuencia de su celebración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

3.3.2.2.5 Obligaciones de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. conforme a la ley

El Contrato de Fiducia de Inversión celebrado por las partes ya indicadas es un contrato de fiducia mercantil. De la regulación legal del mismo, se destacan las siguientes normas:

▪ **Disposiciones del Código de Comercio**

– El inciso 1º del Art. 1226 define así la fiducia mercantil:

ARTÍCULO 1126. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

– El Art. 1234 establece como “deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo”:

1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;

...

3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;

4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;

...

8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses

– El numeral 1) del Art. 1235 señala, entre los derechos que tiene el beneficiario, además de los que le conceden el acto constitutivo y la ley,

el de “**exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas**”;

- El Art. 1236 señala, entre los derechos del fiduciante (o fideicomitente), los siguientes:

4) *Exigir rendición de cuentas;*

5) *Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario*

- El Art. 1243 establece que “**el fiduciario responderá hasta la culpa leve** en el cumplimiento de su gestión”. (Negrillas fuera de texto)

- **Disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero**

- Al referirse a las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, el numeral 1. del Art. 29 de dicho Estatuto dispone que “las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) podrán, en desarrollo de su objeto social:

a. Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio;

- El numeral 2. del mismo Art. 29 dispone:

2. Fiducia de inversión. Las sociedades fiduciarias podrán desarrollar operaciones de fideicomiso de inversión mediante contratos de fiducia mercantil, celebrados con arreglo a las formalidades legales, o a través de encargos fiduciarios.

Entiéndese por “fideicomiso de inversión” todo negocio fiduciario que celebren las entidades aquí mencionadas con sus clientes, para beneficio de éstos o de los terceros designados por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente y con lo previsto en el presente Estatuto; (se resalta)

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

– El numeral 3. del mismo Art. 29 dispone:

3. Prohibición general. Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley.

Del régimen legal del contrato de fiducia mercantil, aplicable al Contrato de Fiducia de Inversión al cual están vinculadas las partes, es importante destacar lo siguiente:

El Código de Comercio introdujo el contrato de fiducia mercantil inspirado en el *trust* anglosajón, cuya denominación significa “confianza”, y el legislador se preocupó por profesionalizar la actividad propia del fiduciario, limitando su ejercicio únicamente a los establecimientos bancarios y a las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia), posibilidad que luego la Ley 45 de 1990 circunscribió sólo a dichas sociedades fiduciarias.

Al limitarse la aptitud de obrar como fiduciario únicamente a estas sociedades, la ley busca garantizar a los usuarios del servicio que esa delicada actividad sólo esté en manos de unas sociedades especializadas vigiladas por el Estado a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, con todos los controles que ello implica, y que tales compañías cuenten, como expertas en el ramo, con la solidez financiera, los recursos humanos y técnicos y los controles necesarios para ejercer en la mejor forma posible su actividad, como depositarias de la confianza del público.

Esta concepción de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil y de la importancia de proteger a los fideicomitentes y beneficiarios garantizándoles que el fiduciario es un profesional especializado que merece su confianza o fe, y protegerá diligentemente sus intereses, ha sido ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia. En ese contexto tiene especial relevancia lo expuesto en sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 1º de julio de 2009 (MP: William Namén Vargas):

Nota esencial tipificante de estos negocios es la confianza; precisamente, la locución “fiducia (fidutia, confianza), tener fe (fides), ser fiel (fidus, fiel), estar a la palabra (fit quod dicitur), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada intuitu personae en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho

con un fin fiduciario específico en interés de otro (V.M. Trimarchi, voce Negozio fiduciario, in Enciclopedia del diritto, XXVIII, Milano, 1978, XXVIII, p. 32)". (cas.civ. sentencia de 30 de julio de 2008, [SC-076-2008], exp. 11001-3103-036-1999-01458-01).

Justamente, por la confianza en el profesionalismo altamente especializado del fiduciario, el fiduciante acude a sus servicios, le transfiere uno o varios de sus bienes y le confía una finalidad fiduciaria, para su provecho o el de un tercero, confiriéndole poder dispositivo de los bienes integrantes del patrimonio autónomo; esa misma confianza en la profesión, conocimientos, experiencia, probidad, seriedad y eficiencia, motiva a terceros para celebrar actos, negocios y contratos vinculados al negocio fiduciario y, en general, la confianza, preside toda la formación, celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del negocio fiduciario.

De allí la importancia del fiduciario "como institución financiera especializada y profesional en la materia, a la par que sometido al control y vigilancia del Estado (policía administrativa)", y "el peculiar celo del legislador en la regulación de la conducta que debe observar el fiduciario" (cas. civ. sentencia febrero 14/2006, [SC-03-2006], exp. 05001-3103-012-1999-1000-01).

[...]

Con este entendimiento, mutatis mutandis, el fiduciario no compromete su responsabilidad patrimonial directa y personal en la ejecución del negocio fiduciario por los actos, negocios y contratos de desarrollo, ejecución o aplicación del encargo, la cual recae directa y exclusivamente en el patrimonio autónomo.

Sin embargo, esa sola circunstancia no autoriza excluir in radice la responsabilidad personal del fiduciario por sus actos, conducta o comportamiento, acciones u omisiones en detrimento de la finalidad fiduciaria o de los intereses del constituyente y de terceros, por inobservancia de sus deberes profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, o por extralimitación de funciones, ausencia de adopción oportuna de las medidas idóneas exigibles, entre otras hipótesis, en las cuales es responsable con su patrimonio "directamente por situaciones en que se le síndique de haber incurrido en extralimitación, por culpa

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

o por dolo en detrimento de los bienes fideicomitidos que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo” (cas. civ. agosto 3/2005 [SC-200-2005], exp.1909).

[...]

En idéntico sentido, por su pertinencia al cargo formulado, menester precisar brevemente que el fiduciario es un verdadero profesional autorizado para operar y supervisado por el Estado, cuyos conocimientos, experiencia e idoneidad, infunden confianza a quienes acuden a sus servicios por su actividad técnica y práctica, la reputación y el prestigio consolidado con sus actuaciones previsivas y diligentes que propician el logro de específicos designios y permiten precaver o solucionar de manera expedita eventuales vicisitudes e inconvenientes.

Con base en las disposiciones del Código de Comercio que rigen el contrato de fiducia mercantil, es claro que el fiduciario debe obrar diligentemente en el ejercicio de su actividad profesional, y que debe responder hasta la culpa leve en el cumplimiento de su gestión (Art. 1243), límite de responsabilidad que por lo demás se dejó expresamente estipulado en la Sección 12.3 del contrato celebrado por las partes.

A la vez, ha de tenerse en cuenta que conforme a la prohibición consagrada en el numeral 3. del Art. 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la sociedad fiduciaria no podrá asumir en ese contrato obligaciones de resultado, salvo en los casos en que la ley prevea lo contrario. La citada Sección 12.3 del Contrato de Fiducia de Inversión también dejó constancia de este principio, al indicar que “las obligaciones de gestión de la Fiduciaria derivadas del presente Contrato son de medio y no de resultado”.

Además de la citada prohibición general de asunción de obligaciones de resultado por parte de las fiduciarias consagrada en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el Código de Comercio se establece que “el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”, de manera que, para los efectos de este Laudo, la diferencia entre estas dos clases de obligaciones se explica en los siguientes términos:

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

En las llamadas obligaciones de resultado, en el evento de no darse el resultado previsto en favor del acreedor, y a cuya obtención se obligó el deudor, la culpa de éste se presume, sin que el acreedor tenga la carga de demostrarla. Y el deudor de todos modos puede exonerarse de responder probando que el resultado no pudo obtenerse por fuerza mayor o caso fortuito, o por el hecho de un tercero que hizo inevitable la frustración de ese resultado, o incluso por una falta de diligencia del propio deudor, pero constitutiva de una especie de culpa de la cual éste no estaba llamado a responder, conforme a lo estipulado en el contrato, o según lo previsto por el Art. 1604 del Código Civil, si las partes no estipularon nada al respecto.

En cambio, en las obligaciones de medio, en el evento de no lograrse el resultado previsible para las partes, el acreedor deberá probar, para imputarle responsabilidad al deudor, que éste no llevó a cabo las conductas que constituían el objeto de su obligación de medio, o que lo hizo, pero con una falta de diligencia constitutiva de dolo o de una de las especies de culpa contempladas por el Art. 63 del Código Civil de las cuales debía responder ese deudor específico, según el contrato celebrado, bien sea porque las partes lo estipularon, o bien porque ello se desprende, según el tipo de contrato, de lo dispuesto por el Art. 1604 del mismo Código, en el evento de no haberse estipulado. Corresponde al fallador, en todo caso, valorar si la falta de diligencia del deudor es constitutiva de culpa grave, o leve, o levísima, con base en las definiciones de esas tres especies de culpa que trae el citado Art. 63.

Por lo expuesto, es claro que la fiduciaria no asume la obligación de garantizar que su gestión de guarda y administración de los bienes fideicomitidos será exitosa, ni deberá responder de entrada en el evento de no llegar a serlo, a menos que se demuestre que dicho fiduciario no cumplió en absoluto con sus obligaciones de medio que implicaban la guarda y protección del Patrimonio Autónomo, o que si bien intentó cumplirlas, lo hizo con una falta de diligencia y cuidado constitutiva de dolo, o de culpa grave, o de culpa leve, caso en el cual incurrirá en responsabilidad contractual por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Ahora bien: las obligaciones a cargo de la fiduciaria en un contrato de fiducia de inversión como el celebrado por las partes deben analizarse en armonía con el tipo de inversión que constituye el objeto de dicho contrato, sin perder de vista que se trata de una operación que entraña riesgos para los fideicomitentes, como es propio de toda inversión; ello, por una parte, corresponde a la mencionada ausencia de obligaciones de resultado en cabeza de la fiduciaria, pero, por la otra, exige examinar en cada caso

concreto el alcance de la diligencia debida por la fiduciaria en interés de los fideicomitentes.

En este orden de ideas, para poner en contexto el alcance de las obligaciones de las convocadas, se puede tener en cuenta lo siguiente:

- 1) En el contrato de Fiducia de Inversión del que se deriva este litigio, la administración encomendada al fiduciario no consistió en colocar los recursos que conforman el patrimonio autónomo en diversas inversiones de renta fija y renta variable.
- 2) En cambio, en esta fiducia de inversión la labor de la fiduciaria consiste en invertir los recursos que conforman el patrimonio autónomo en el desarrollo de un proyecto específico de construcción y posterior explotación económica de lo construido, el cual se desarrollaría a través de otra fiducia mercantil generadora del patrimonio autónomo subyacente, como claramente se deduce de los antecedentes correspondientes a la etapa precontractual del contrato, así como de su clausulado. De manera que en atención a la finalidad específica de esta fiducia de inversión, las obligaciones de medio a su cargo no se limitaban a la recepción y traslado mecánico de recursos, de manera que la obligación de administración cobijaba necesariamente hacer seguimiento y vigilar con la debida diligencia toda la información necesaria para tener claro si el proyecto era desarrollado o no adecuadamente por los encargados de su construcción; vigilar, asimismo, si se estaba dando o no un buen manejo a los recursos financieros requeridos para lograr el objetivo previsto por las partes en el Contrato de Fiducia de Inversión; e intervenir diligentemente, con todos los medios a su alcance, para implementar los correctivos conducentes a evitar el fracaso del proyecto, en el evento de detectarse fallas en el desarrollo del mismo.

Con todo, para deducir responsabilidad en cabeza del fiduciario, corresponde al fallador examinar que se reúnan todos los elementos necesarios para el efecto, a la luz de la ley y del contrato celebrado.

3.3.2.2.6 Obligaciones de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. previstas en el Contrato de Fiducia de Inversión

- En la Sección 3.3 del contrato, denominada “Guarda y tenencia de los Bienes Fideicomitidos”, se estipula que “la guarda y tenencia de los bienes de propiedad

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

del Patrimonio Autónomo estará a cargo de la Fiduciaria, quien tendrá la facultad de contratar los servicios de un tercero especializado cuyos costos podrán ser cargados al Patrimonio Autónomo y ser descontados del mismo o en su defecto serán asumidos por los Fideicomitentes”. A ello se agrega que dicho tercero podrá ser una entidad vinculada de la Fiduciaria, con quien podrá compartir las estructuras contractuales ante los depósitos centralizados de valores.

Dicha estipulación contractual debe interpretarse de manera que tenga eficacia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo del 1620 del Código Civil, y que, por supuesto, sea acorde a derecho, esto es, que guarde armonía con el carácter indelegable de los deberes legales del fiduciario establecidos en el artículo 1234 del Código de Comercio, y especialmente con el previsto en el numeral 1), que lo obliga a “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”.

Conforme a la regla que se comenta, la Fiduciaria asume expresamente la función de la “guarda” de los bienes de propiedad del Patrimonio Autónomo, concepto que se refiere, en distintas acepciones que tiene esa palabra en el idioma castellano, a la conservación, protección y defensa de algo o alguien. Y esta función de “guarda” también debe ser tenida en cuenta, en atención a la finalidad específica de esta fiducia de inversión, al examinar las implicaciones de la destinación de la inversión en términos de la obligación de administración propia de este contrato de fiducia de inversión.

Resulta esencial tener en cuenta que el objeto del CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN consistió, concretamente, como se dijo, en invertir los recursos del “Patrimonio Autónomo DERECHOS BOHO MARKET CALLE 18” constituido en virtud de dicho Contrato, principalmente en la adquisición de derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo Subyacente (“Patrimonio Autónomo BOHO MARKET CALLE 18”), administrado por Alianza Fiduciaria S.A., constituido con el objeto de desarrollar el “Proyecto” “Boho Food Market” ubicado en la Carrera 4 No. 17-66 de Bogotá, “concebido para brindar al público un modelo de oferta gastronómica variada e innovadora en el sector de ubicación del mismo”, lo cual implicaba también adquirir derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo Inmobiliario (“Patrimonio Autónomo Fideicomiso 50C-105515”), también administrado por ALIANZA FIDUCIARIA.

De lo expresamente previsto por las partes se desprende que la guarda, propia de la administración de los bienes del Patrimonio Autónomo surgido del CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN, sólo puede concebirse llevando a cabo, en forma diligente, las actividades necesarias para velar por la conservación de ese patrimonio, lo cual únicamente es posible cumplir mediante el despliegue de una serie de labores administrativas de supervisión, seguimiento, vigilancia y control del desarrollo del proyecto específico de que se trata, entendiendo que si éste llega a ser efectivamente construido, para poder poner luego en marcha los servicios gastronómicos previstos, así, y sólo así, se lograría una verdadera guarda de los bienes del Patrimonio Autónomo, y el cumplimiento del objeto del CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN.

- La Sección 12.1 del contrato (“Derechos de la Fiduciaria”), indica en el literal (a) que “en virtud del presente Contrato, la Fiduciaria tendrá las más amplias facultades para disponer de los Bienes Fideicomitidos que conforman el Patrimonio Autónomo, pudiendo enajenarlos, adquirir otros activos y en general realizar sobre los mismos cualquier acto o contrato, en el marco de la política de inversión contenida en el presente Contrato y respetando siempre las instrucciones generales impartidas por el Administrador Delegado”.

Luego, el literal (b) de la misma Sección indica que “**se entienden incluidas dentro de las facultades de la Fiduciaria todas las necesarias para el cumplimiento del objeto del presente Contrato**”, y a continuación se hace una relación de siete (7) facultades específicas. (Negrilla fuera de texto).

Finalmente, en el Parágrafo de la Sección 12.1 se establece que “**las facultades otorgadas a la Fiduciaria serán ejercidas por esta última de manera discrecional y según sus criterios profesionales como sociedad fiduciaria y administradora del Patrimonio Autónomo**”. (Negrilla fuera de texto).

El citado literal (b) deja bien claro que las facultades de la Fiduciaria deben estar ordenadas a buscar el cumplimiento, vale decir, el logro del objeto del contrato; y el parágrafo transcrito señala en forma inequívoca que dichas facultades han de ser ejercidas por la Fiduciaria de manera discrecional; pero en todo caso con sujeción a “sus criterios profesionales como sociedad fiduciaria” que es, y “administradora del Patrimonio Autónomo”, calidad que le impone una serie de obligaciones y responsabilidades indelegables previstas en la ley y en el contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Las partes tenían claro que la calidad de administradora del Patrimonio Autónomo estaba en cabeza de la Fiduciaria, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., lo que coincide, como tiene que ser, con lo dispuesto por la ley, con las consecuentes obligaciones y responsabilidades indelegables que ello envuelve para esa compañía; y, por supuesto, ello no deja de ser así por el hecho de haber sido designada en el contrato la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. como Administrador Designado, cargo cuyas funciones y responsabilidades serán analizadas más adelante.

- La Sección 12.2 del contrato (“Obligaciones de la Fiduciaria”), dispone que “en desarrollo del presente Contrato, la Fiduciaria está obligada de manera expresa para ejercer en nombre propio, en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo”, una serie de actividades, de las cuales se destacan las siguientes:

*(a) Recibir a título de fiducia mercantil para conformar un Patrimonio Autónomo los Bienes Fideicomitidos aportados por los Fideicomitentes e **invertirlos de conformidad con las condiciones y parámetros señalados en el presente Contrato.***

*(b) **Administrar el Patrimonio Autónomo con la diligencia que corresponde a su carácter profesional,** de acuerdo con los lineamientos definidos por los Fideicomitentes y las instrucciones emitidas por el Administrador Designado, según su perfil general de riesgo y demás reglas señaladas en este Contrato.*

*(c) **Controlar, medir, gestionar y supervisar el riesgo del Patrimonio Autónomo.***

[...]

*(e) **Consagrar la actividad de administración del Patrimonio Autónomo exclusivamente en favor de los intereses de los Fideicomitentes,** beneficio que se presume dándose por cumplido cuando, entre otras situaciones, la Fiduciaria, cumpliendo las instrucciones impartidas por los Fideicomitentes en el presente Contrato, suscribe en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo contratos de comisión con BTG Pactual S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa.*

[...]

(h) Cumplir a cabalidad con los aspectos operativos necesarios para la adecuada administración del Patrimonio Autónomo

[...]

(l) Entregar a los Fideicomitentes la rendición de cuentas y los informes referidos en este Contrato.

[...]

(n) Velar porque se conserven debidamente los Bienes Fideicomitados y tomar todas las medidas de seguridad que sean necesarias.

[...]

(q) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad del Contrato, los cuales ejecutará de acuerdo a lo previsto en el Contrato y de conformidad con la ley, incluyendo, pero sin limitarse a, diligenciar y presentar los formularios cambiarios a que haya lugar.

(r) Para el efecto, las Partes establecieron específicamente en el presente Contrato los actos que éstas expresamente reconocen como necesarios para la consecución de los fines del Patrimonio Autónomo.

[...]

(u) Las demás establecidas en la ley y en este Contrato.

(Negrillas fuera de texto).

- En la Sección 12.3 del contrato (“Obligaciones de medio”) se establece que **“las obligaciones de gestión de la Fiduciaria derivadas del presente Contrato son de medio y no de resultado, y en cumplimiento de ello responderá hasta de la culpa leve, según la definición que trae el artículo 63 del Código Civil Colombiano”**. (Negrilla fuera de texto).

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

- En la Sección 7.1 del contrato, que forma parte del Artículo VII (“RIESGOS Y MECANISMOS DE GESTIÓN DE RIESGOS”), se dispone lo siguiente:

“Riesgos. Debido a la naturaleza de los activos en los cuales invierte el Patrimonio Autónomo Subyacente, **los Fideicomitentes** mediante la suscripción del presente Contrato **manifiestan y aceptan que tienen conocimiento de la posibilidad que existe de incurrir en pérdidas de capital, derivada, entre otros, de los siguientes riesgos: ...**”

A continuación, se hace una lista de catorce (14) riesgos que podrían conducir a las mencionadas pérdidas de capital, de los cuales se destaca el “Riesgo de Contraparte”, que hace referencia justamente a la situación específica que en el caso *sub judice* condujo a las pérdidas sufridas por el PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET CALLE 18 conformado con base en el Contrato de Fiducia de Inversión que es objeto de análisis. Al respecto, el literal (g) de la Sección 7.1 lo define como el “riesgo de incumplimiento de los términos contractuales acordados con las contrapartes (incluyendo desarrolladores) de los Proyectos” e incluye luego el incumplimiento de los compradores de los inmuebles ofrecidos en venta (evento que no está relacionado con el caso *sub judice*).

Finalmente, en la Sección 7.2 del Contrato, denominada “Mecanismos de gestión de riesgos”, se declara que “la Fiduciaria hará uso de los diferentes sistemas de administración de los riesgos que considera se derivan de su gestión” a saber: ...”, y enseguida se relacionan cinco (5) de los catorce (14) riesgos definidos en la Sección 7.1.

Llama la atención que entre los riesgos que la Fiduciaria no señala como uno de los que ella “considera que se derivan de su gestión”, se encuentra el denominado “Riesgo de Contraparte”, definido en el literal (g) de la Sección 7.1., en el cual se enmarca justamente el fracaso del proyecto inmobiliario que constituyó el objeto de inversión de los recursos aportados por los Fideicomitentes del CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN que se examina en este litigio.

Sobre ello cabe destacar, en primer lugar, que al tenor de la primera parte de esta Sección 7.1 del Contrato, los Fideicomitentes **se limitan a manifestar que conocen y aceptan que existen unos riesgos** que pueden conducir a pérdidas de capital, **sin que esa manifestación implique que estén renunciando a reclamar, por principio,**

y en cualquier caso, por razón de las pérdidas que se generen por la realización de dichos riesgos, como consecuencia del incumplimiento de la Fiduciaria de su obligación de medio de gestionar los riesgos previstos en el propio contrato de fiducia de inversión.

En segundo lugar, es claro que la Fiduciaria, al relacionar todos estos riesgos en la mencionada Sección 7.1 de este contrato, demuestra ser perfectamente consciente de la existencia de los mismos, de lo cual debería desprenderse, en cumplimiento de la obligación de administrar el patrimonio autónomo en forma acorde con su finalidad, un especial cuidado de parte suya para ejercer diligentemente la vigilancia necesaria, precisamente, dada la existencia de dichos riesgos.

De lo anterior se desprende que el hecho de no considerar la Fiduciaria el “Riesgo de Contraparte” como uno de los que podrían derivarse de su gestión, no permite eludir ninguna responsabilidad por pérdidas generadas por la perpetración de este riesgo específico. Para el Tribunal es claro que esa consideración no tendría el alcance de exonerar a la Fiduciaria de responder por eventos derivados de ese tipo de riesgo, siempre y cuando se cumplan los supuestos legales y contractuales necesarios para comprometer su responsabilidad en un caso concreto como el que se examina en este litigio.

En efecto, si la realización del mencionado riesgo conduce a generar un daño al Patrimonio Autónomo, y con ello a los fideicomitentes y/o beneficiarios, que es justamente lo ocurrido en el caso *sub judice*, la Fiduciaria estaría llamada a responder, si ese daño se produjo por un incumplimiento probado de sus obligaciones legales y contractuales respecto del cual la entidad haya obrado con dolo, o con culpa grave o leve.

3.3.2.2.7 El nombramiento de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. como Administrador Designado

Debe el Tribunal ocuparse del planteamiento que le fue presentado sobre la designación de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. como Administrador Designado, en el sentido de que la misma estuvo a cargo de los fideicomitentes, conforme a la sección 5.1 del artículo V del contrato de fiducia de inversión, por lo que, en criterio de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. resulta *“claro en este texto contractual que la designación la hicieron los Fideicomitentes y no BTG PACTUAL FIDUCIARIA”*.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Fue aducido este argumento con el aparente propósito de excluir cualquier conclusión sobre delegación de deberes de la fiduciaria, y con el consecuente efecto de establecer que, por tanto, el Administrador Designado obró por cuenta de los fideicomitentes para impartir instrucciones a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Desde el punto de vista formal, lo que se aduce por las convocadas se ajusta al esquema literalmente previsto en el contrato; pero de fondo no considera la realidad de los hechos que rodearon la celebración de la fiducia de inversión, entre los cuales conviene destacar el origen de la presencia en el contrato del Administrador Designado, esto es, BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., dada la relación existente entre las convocadas como parte de un conjunto de sociedades distinguidas incluso en sus denominaciones sociales con la misma expresión “BTG Pactual”.

En palabras¹⁷ de la señora DIANA FERNANDA SÁNCHEZ ARISTIZÁBAL, representante legal de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., *“Pues somos vinculadas dentro de la estructura del Grupo BTG PACTUAL grande. Nosotros, la FIDUCIARIA, pertenece a una entidad que se llama BTG PACTUAL HOLDING GROUP G7, y RE INCOME pertenece a una entidad que se llama BTG PACTUAL SARL. Básicamente es eso, y somos vinculadas”*.

La participación de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. en la estructuración de todo el negocio fue narrada por varios de los declarantes, en pasajes que ya fueron destacados. Por ello, basta como resumen lo dicho por la misma representante de la fiduciaria convocada en su contestación a la primera pregunta del interrogatorio que atendió:

“Mira, la línea de tiempo es la siguiente: OIU llega con una propuesta a RE INCOME sobre un negocio; nosotros, en RE INCOME ya se tenían algunos negocios con OIU, y OIU llega con esta propuesta de negocio. En RE INCOME la estudian y hablan con la sociedad comisionista de bolsa, BTG PACTUAL, para ver si hay un grupo de inversionistas interesados en este negocio de food markets, específicamente. Cuando se lo muestran a la comisionista, dicen: “bueno, es posible que haya algunos clientes, los podemos invitar a conocer la infraestructura”, y al final esto resulta en una estructura de negocio que lleva consigo patrimonios autónomos, y ahí es donde entra la FIDUCIARIA. Pero realmente nosotros no buscamos a OIU; OIU busca a RE INCOME, y RE

¹⁷ Respuesta a la pregunta 6 del interrogatorio de parte que absolvió.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÉZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

INCOME nos propone el negocio a nosotros, y en ese momento se estructura todo el negocio, que tiene a RE INCOME en el rol de Administrador Designado”.

Ahora bien, a los inversionistas les fue presentado el negocio, con la participación de esos entes jurídicos vinculados. Como el señor OSORIO ARBELÉZ llegó con posterioridad a la firma de la fiducia de inversión y por cesión de los derechos fiduciarios de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., importa auscultar cómo fue tal presentación con otros de los fideicomitentes.

CAROLINA JARAMILLO DEL CORRAL, representante legal de uno de los fideicomitentes, JARAMILLO BUSTAMANTE S.A.S., señaló que

Sí, doctor Parra, mira te cuento: nosotros como familia hemos tenido inversiones en BTG PACTUAL desde el 2015, y en el 2017 nuestro ejecutivo de cuenta, el señor Juan Pablo Villa, en BTG PACTUAL, nos invitó a mi hermano Lucas y a mí a una presentación de un Club Deal VIP, muy exclusivo, para un grupo muy selecto de inversionistas, y nos invitaron a un proyecto de un edificio, un proyecto gastronómico.

[...]

En esa presentación estoy segura que estaba Juan Pablo Villa, en esa específica no sé si estaba Eduardo Romero, pero a mí la invitación fue BTG PACTUAL.

[...]

PREGUNTADA: *Bueno, le hicieron la presentación y qué sucedió entonces, cómo se suma, qué tipo de estructura tiene ese proyecto.*

CONTESTÓ: *No, entonces nos hablaron la presentación, la estructura, nosotros íbamos a ser fideicomitentes, los socios iban a ser OIU, y ADAR; BTG PACTUAL iba a ser el administrador delegado, iba a ser nuestros ojos, las personas que iban a ser nuestros administradores, nuestros delegados, nuestros ojos ante el proyecto. Inclusive nosotros en esa presentación se decía que el 10% de nuestra participación se le cedía a BTG PACTUAL, por ser el administrador delegado.*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Otro testigo, GONZALO RESTREPO LÓPEZ, representante legal de COURCELLES S.A.S., fideicomitente, dijo:

Luego en el año 2017, a finales, creo que fue en agosto, nuevamente ella con la persona que estaba encargada de esa inversión, el señor Eduardo Romero; me invitaron a una nueva inversión, y es que casi que en el costado de uno de esos grandes edificios se iba a construir una especie de plaza de restaurantes, con unos 30 restaurantes, un edificio, no recuerdo de cuántos metros cuadrados, 3.000 metros cuadrados

[...]

A ver, nosotros hacíamos un grupo que lo llamamos siempre el PA1, que quería decir, y digo nosotros, los inversionistas en BOHO CALLE 18, con Patrimonio Autónomo 1, con unos aportes que me imagino pueden ser distintos; en el caso mío eran de 500 millones de pesos. Esos aportes se debían ir haciendo a medida que se fueran haciendo los llamados a capital. A mí lo que me pareció muy interesante de la invitación es, primero, que ellos eran los que conocían de ese negocio, y segundo, que ellos se iban a encargar a través de una división, o filial, o compañía, en todo caso de BTG, se llamaba BTG RE INCOME; de administrar la inversión. O sea que de nuestros aportes salía un 10% para BTG RE INCOME, con lo cual ellos se encargaban de administrar la inversión. Yo muchas veces administro mis inversiones, pero en ese caso que uno no conoce tanto, nos pareció más apropiado pagar y que ellos administraran la inversión.

MAURICIO MOLINA URIBE, a su vez, explicó:

PREGUNTADO: *Cuando usted menciona a BTG, ¿usted distingue que sea una sola entidad, o son varias entidades allí concurrentes?*

CONTESTÓ: *No, para mí es una sola entidad; o sea, cuando a mí me hablan BTG, y cuando yo fui a las oficinas de BTG, a mí no me presentaron ni BTG RE INCOME, ni me presentaron BTG por separado. Yo fui a las oficinas, porque es un conjunto, es una sola empresa, y con las personas que me senté, me hablaban en propiedad era de BTG, de ninguna otra empresa más.*

[...]

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Sí señora, mira, yo fui a una reunión acá al San Fernando Plaza, a las oficinas de BTG; me reuní con la señora Verónica Vélez y Eduardo Romero. Ese día me presentaron a Eduardo Romero como el señor que iba a estar, que era el experto en el tema y que iba a estar a cargo de todo este proyecto; que lo habían traído de Chicago precisamente para liderar todo este proyecto. Me presentaron en diapositivas lo que iba a ser obviamente todo el proyecto, los tiempos, el monto que teníamos que invertir.

Puede verse igualmente que la presentación del negocio se hizo a todos los clientes de modo uniforme; como dijo la señora OJALVO RODRÍGUEZ, “*teníamos una presentación muy estándar, que era la misma presentación que le hacíamos a todos los clientes*”, la cual mostró a RE INCOME como Administrador Designado, más aún con su participación activa en la etapa precontractual a que corresponde dicha presentación comercial.

Al respecto pueden verse las presentaciones que obran en carpeta anexo 3 con el título *Presentación comercial a inversionistas*, de los anexos del dictamen de las convocadas. Allí obran catorce presentaciones, en archivos PDF cada uno con un nombre, Andrés Lopera, Gonzalo Restrepo, Banca Valor, Carolina Arcila, David Ospina, Familia Cavelier, Familia Jaramillo, Guillermo Gómez, Jorge Mario Velásquez, Juan Carlos Osorio, Juan Pablo Ángel, Luz Stella Varga, Mauricio Mesa, Mauricio Molina. En la página 9 de todos estos archivos figura Re Income como Administrador Designado. Igual sucede con el anexo 03, que contiene la presentación a Carolina Ardila.

Infiere el Tribunal de este recuento que los fideicomitentes no llegaron a constituir un cuerpo colegiado u órgano de los fideicomitentes que hubiera deliberado y entre varias opciones hubiera elegido a BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. como administrador; sino que, en el proyecto de negocios que se les presentó, la figura de esta sociedad tenía asignado dicho papel y el contrato de fiducia lo incluía en ese rol, que asumió por la suscripción del mismo contrato por los fideicomitentes, sin que obre prueba de alguna naturaleza que lleve a asegurar que su integración como Administrador Designado obedeció a un llamado espontáneo de los fideicomitentes. Más aún, no se acreditó que surtida dicha designación o acompañándola, se hubiera celebrado algún contrato entre BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. y los fideicomitentes que regulara de forma independiente y distinta a la prevista en el contrato de Fiducia de Inversión las obligaciones que asumió como Administrador Designado.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Descarta así el panel arbitral que BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. haya sido ajena a la razón de ser de la designación de dicha administración en cabeza de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. Sin duda, la función que ésta debía desarrollar no envolvía una delegación de deberes de aquella, que habría sido ilegal según ya se ha señalado; pero su vinculación, más que estrecha, no permite hacer una separación completa en materia de responsabilidades, como pretenden las convocadas, cuando al resaltar el nombramiento del Administrador Designado por parte de los fideicomitentes parecieran querer trasladar a éstos una responsabilidad que ellos no vislumbraron que podían tener, o acaso considerar que por esa razón la gestión fiduciaria de los riesgos se le trasladaba a los fideicomitentes y beneficiarios, de modo que el actuar de la fiduciaria y del Administrador Designado quedaran exentos de reproches, o circunscritos a la gestión del fiduciario de la Fiducia Subyacente.

La fiduciaria convocada expresó en su alegato de conclusión que *“Así las cosas, se comprende sin dificultad que no era -ni podía ser- función u obligación de BTG PACTUAL FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión determinar la manera cómo se debía realizar la inversión de recursos de este en derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo Subyacente, pues tal prerrogativa estaba ab initio legalmente reservada a los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, y ellos le encomendaron su ejercicio al Administrador Designado con el alcance expuesto”*.

Una afirmación como la anterior, que podría ser de recibo cuando la inversión misma no está predeterminada, es inaceptable cuando tal inversión ha sido previamente definida en la forma en que lo fue en este caso. El proyecto venía preparado de antemano cuando se consiguieron los inversionistas que se convirtieron en fideicomitentes más tarde y, como se dejó expuesto, la estructuración del negocio estuvo justamente a cargo de quien fue luego nombrado como Administrador Designado.

Calificar la fiducia de inversión en este asunto como un mero vehículo financiero y darle la connotación al fiduciario de solo mandatario receptor de las instrucciones de los fideicomitentes por medio del Administrador Designado, deviene por su simplicidad en desconocimiento de la realidad del negocio, de suyo complejo y que, por lo demás, no

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

era el primero que la fiduciaria tenía con su promotor, OIU y con el señor CAMILO AYERBE, como informaron varios deponentes¹⁸.

El papel de la fiduciaria y sus obligaciones en esta fiducia de inversión necesariamente estaban ligados a la finalidad específica definida por las partes en el contrato, que apuntaba a una inversión de los recursos de los fideicomitentes en el desarrollo de un proyecto para la posterior explotación del edificio en opciones gastronómicas. Eso implicaba, sin duda, no limitarse a vigilar la entrada y salida de unos dineros, sino también la vigilancia del empleo efectivo de esos recursos en el desarrollo mismo de ese proyecto, y la marcha de la construcción, para buscar que el proyecto sí se lograra y no fracasara.

La fiducia de inversión, por ende, no estaba restringida a recibir y trasladar unos recursos. El uso de la expresión “patrimonio autónomo subyacente” por parte de las convocadas, al promover y celebrar el contrato de Fiducia de Inversión, por sí mismo denota la relación existente entre la recepción de la inversión a través de su ingreso al patrimonio autónomo derivado de dicho contrato, y su utilización mediante la ejecución del contrato de fiducia del cual surge el patrimonio autónomo subyacente, sin que quepa desligar artificialmente la realidad de la operación para los efectos de recortar las obligaciones de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. que previó que contaría con BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. como Administrador Designado. Y ese artificio no opera por el hecho de la “designación” como tal, de la misma persona propuesta por la fiduciaria y vinculada a ella.

La previsión contractual de las funciones de dicho Administrador Designado corresponde a una estipulación accidental del contrato de Fiducia de Inversión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1501 del Código Civil, cuya inclusión detallada obedeció a la finalidad de la fiducia de inversión y que no podía ni desnaturalizarla, ni eliminar el carácter esencial que tiene la obligación de administración fiduciaria a cargo de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Lo que se hizo a través de dicha cláusula accidental fue establecer un complemento o apoyo para la fiduciaria en interés de los inversionistas fideicomitentes y beneficiarios, que se materializaba en funciones que tenían que ser cumplidas por el Administrador Designado para que la fiduciaria

¹⁸ De nuevo es la declaración de la representante legal de la fiduciaria la que resume el punto, en sus respuestas en el interrogatorio de parte que absolvió: “PREGUNTA # 2: ¿Conocen ustedes por otros negocios o tienen otro tipo de relaciones con OIU? CONTESTÓ: Sí, nosotros tuvimos otros negocios de viviendas; nosotros tenemos y participamos con OIU en el desarrollo de unas viviendas estudiantiles en Bogotá. PREGUNTA # 3: ¿Desde hace cuánto tiene relaciones comerciales con OIU? CONTESTÓ: Más o menos desde el 2017”.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

cumpliera con sus obligaciones, incluidas las que son propias de los deberes indelegables a su cargo. Lo confirma, por ejemplo, el hecho de que las recomendaciones y/o los informes que prepara el Administrador Designado tenían que ser dirigidos a la fiduciaria y no a los fideicomitentes.

Y es que el razonamiento de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. apuntó a otro aspecto, el de la vigilancia en el patrimonio subyacente, como se observa en los siguientes párrafos del alegato:

*En ese entendido y contrario a lo que sostiene la parte actora, las gestiones que los fideicomitentes iniciales del contrato de fiducia de inversión le encomendaron (sic) Administrador Designado, **más allá de las consistentes en impartir instrucciones a la fiduciaria sobre diversos aspectos, corresponden a funciones que los fideicomitentes podían ejercer directamente**, y en modo alguno desplazaron o usurparon los deberes legales o contractuales indelegables propios de BTG PACTUAL FIDUCIARIA, como vocera y administradora del patrimonio autónomo de inversión, los cuales se han mantenido en cabeza de esta entidad sin solución de continuidad y han sido cumplidos por ella, a lo largo de la ejecución del contrato.*

*En particular se resalta, respecto de las gestiones de: “administrar, suscribir (en los casos en que sea facultado para hacerlo) o **vigilar**, según el caso, los contratos de los cuales el patrimonio autónomo sea parte, y cumplir con las obligaciones a su cargo según lo previsto en tales contratos, (...)”, que el único contrato en el cual es parte el patrimonio autónomo de inversión, es el contrato de fiducia del patrimonio autónomo subyacente, el cual fue suscrito por BTG PACTUAL FIDUCIARIA, como vocera del patrimonio autónomo de inversión. (Negrillas del Tribunal).*

Lo transcrito, de modo breve, traduce la postura de la fiduciaria, de haber cumplido lo suyo, dentro de lo cual no estaba lo que los fideicomitentes podían hacer por sí mismos, como vigilar los contratos en los cuales el patrimonio de la fiducia de inversión fuera parte.

Mas tras de ello se esconde la imputación de que si BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. era la que debía vigilar esos contratos y su designación fue fruto de la autonomía de los fideicomitentes, toda equivocación o incumplimiento no le podrían ser atribuidos a la fiduciaria. Lo que, como se destacó antes, no es de recibo, ora por la vinculación

entre el Administrador Designado y BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., ora por la participación de aquél desde antes del perfeccionamiento de la fiducia de inversión, la cual llegó inclusive a brindarle el conocimiento a fondo del proyecto, a través de su manejo de la debida diligencia que contrató con la firma POSSE HERRERA RUÍZ, de 27 de julio de 2017, que obra como anexo del dictamen de parte de las convocadas.

3.3.2.2.8 Obligaciones contractuales de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. como Administrador Designado en el Contrato de Fiducia de Inversión

En el ARTÍCULO V del Contrato se establece la figura del Administrador Designado, y la Sección 5.1 hace referencia a éste en los siguientes términos:

Sección 5.1 Designación. La Asamblea de Fideicomitentes designará a un tercero para que actúe como administrador del Patrimonio Autónomo (el “Administrador Designado”) y que será el encargado de dar las instrucciones a la Fiduciaria en relación con las inversiones y de las demás instrucciones que disponga la Asamblea de Fideicomitentes, esto último de conformidad con los términos previstos en el presente Contrato. Estas funciones son asumidas por el Administrador Designado, sin perjuicio de los deberes indelegables de la Fiduciaria establecidos en la ley colombiana. Para efectos del presente Contrato, los Fideicomitentes designan como Administrador Designado inicial a la sociedad BTG Pactual Re Income SAS para que actúe, a través de cualquiera de sus representantes legales, en calidad de tal sin necesidad de que su nombramiento sea realizado por parte de la Asamblea de Fideicomitentes.

En relación con la figura del Administrador Designado en el Contrato de Fiducia de Inversión, y con el nombramiento que en éste se hizo de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., es importante destacar lo siguiente:

A pesar de haberse expresado en la Sección 5.1 del CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN que el nombramiento de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. como “Administrador Designado” lo están haciendo los Fideicomitentes en el texto mismo del contrato, lo cierto es que la vinculación de esa compañía a dicho acuerdo de voluntades no sólo dependió de la voluntad de los Fideicomitentes, sino que formó parte del clausulado de ese contrato presentado por BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA a dichos Fideicomitentes, y suscrito por éstos, junto con esa compañía y con BTG

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

PACTUAL RE INCOME S.A.S., la cual se sumó al contrato, no sólo en su carácter de fideicomitente, sino también en su calidad de “Administrador Designado”, asumiendo así los derechos, obligaciones y responsabilidades que se le asignan en el mismo.

En el Artículo V del contrato (Secciones 5.1 a 5.4) se regula el cargo del “Administrador Designado”; se deja constancia del nombramiento, para ejercerlo, de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., sociedad que forma parte (al igual que BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA) del grupo de compañías identificadas en conjunto frente al público como BTG PACTUAL; se establecen sus funciones; se prevé a su favor una comisión de gestión del 1% sobre el saldo neto de capital; adicionalmente, en la Sección 9.1, se consagra en su favor una “Participación Incremental”, consistente en la “cesión automática de derechos fiduciarios” que se le hace del 10% de los aportes de los demás fideicomitentes; y se prevén a su favor unas importantes prerrogativas, para el evento de que los Fideicomitentes llegaren a decidir luego removerla del cargo.

Además de definir la Sección 5.1 al “Administrador Designado” como un tercero nombrado **“para que actúe como administrador del Patrimonio Autónomo”** y para ser **“el encargado de dar las instrucciones a la Fiduciaria en relación con las inversiones y de las demás instrucciones que disponga la Asamblea de Fideicomitentes”** (negrilla fuera de texto), en la Sección 5.2 se le asignan unas funciones acordes con esa calidad de **“administrador del Patrimonio Autónomo”** que comparte con BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., sin que ello pueda implicar, ni legal ni contractualmente, que ésta haya dejado de tener esa calidad o que haya quedado liberada de sus obligaciones indelegables.

De las funciones contempladas en la Sección 5.2 a cargo de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. como “Administrador Designado”, se destacan las siguientes:

*“(a) **Administrar**, suscribir (en los casos en que sea facultado para hacerlo) o **vigilar**, según el caso, **los contratos de los cuales el Patrimonio Autónomo sea parte**, y cumplir con las obligaciones a su cargo según lo previsto en tales contratos, así como cumplir con las obligaciones de los contratos que lo vinculen con el Patrimonio Autónomo Subyacente o que sean celebrados con el fin de materializar el Proyecto.*

*(b) **Instruir a la Fiduciaria por escrito**, dentro del ámbito de sus atribuciones y facultades, **sobre todas las cuestiones necesarias para realizar***

debidamente las actividades relacionadas con la inversión en el Patrimonio Autónomo Subyacente.

(c) Instruir a la Fiduciaria por escrito, dentro del ámbito de sus atribuciones y facultades, sobre los contratos que sea necesario que el Patrimonio Autónomo suscriba, incluyendo, cualquier modificación, adición, terminación o liquidación.

(d) Dar instrucciones a la Fiduciaria sobre el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo, con estricto cumplimiento de las obligaciones previstas en el presente Contrato.

(e) Representar al Patrimonio Autónomo en la asamblea y demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente y ejercer los derechos políticos y económicos que le correspondan al Patrimonio Autónomo en el Patrimonio Autónomo Subyacente, incluyendo igualmente el ejercicio del derecho de inspección y análisis de los informes de rendición de cuentas y periódicas. En este sentido, el Administrador Designado podrá tomar decisiones que incluyan, pero sin limitarse a, la designación y/o remoción de los miembros del comité fiduciario del Patrimonio Autónomo Subyacente.

(f) Objetar las rendiciones de cuentas de la Fiduciaria en representación de los Fideicomitentes, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a su presentación, si a ello hubiere lugar.

[...]

(h) Instruir a la Fiduciaria los montos, plazos, fechas y demás información necesaria para el envío de los Llamados de Capital a los Fideicomitentes de acuerdo con los requerimientos de capital del Patrimonio Autónomo Subyacente y demás necesidades del Patrimonio Autónomo. (Negrillas fuera de texto)

BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. tenía a su cargo, conforme a la ley y al Contrato de Fiducia de Inversión, una serie de obligaciones que no delegó, ni podía legalmente delegar. Por tanto, resulta claro que la creación del cargo de Administrador Designado, así como el nombramiento de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. para

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

desempeñarlo, no implicó para la Fiduciaria dejar de tener la calidad de administradora del Patrimonio Autónomo, con lo cual continuó ligada al deber de velar por la guarda de los bienes de propiedad del mismo y al cumplimiento de la totalidad de sus obligaciones legales y contractuales que de allí se derivaban.

Debe entenderse que BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., en su calidad de Administrador Designado y “tercero especializado”, se vinculó al Contrato de Fiducia de Inversión para apoyar en el cumplimiento de sus obligaciones a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., que se refieren a la administración y que implicaban la vigilancia y supervisión del patrimonio autónomo y por ende del proyecto, sin que se pueda entender que tales obligaciones quedaron solamente a cargo de una de las dos sociedades. Sin duda alguna, ambas quedaron encargadas de desplegar toda la actividad necesaria para velar por la guarda, es decir, por la protección y conservación de los bienes del Patrimonio Autónomo y el logro del objetivo final previsto en el contrato, y asumieron ambas el cumplimiento de esa y de sus demás obligaciones contractuales.

En este contrato de Fiducia de Inversión, la obligación del fiduciario consistente en administrar los bienes fideicomitidos corresponde a un elemento de la esencia del contrato (Código Civil, art. 1501), que es indelegable, como se dijo expresamente en la Sección 5.1 del contrato ya transcrita; y se introdujo en él la cláusula accidental (Código Civil, art. 1501) referente a la figura del Administrador Designado, a cuyo cargo se estableció la ejecución de determinadas actividades, cuya finalidad consistía en apoyar o complementar la labor contractual de administración del patrimonio autónomo de la Fiducia de Inversión. De esta manera, el contrato de Fiducia de Inversión fue la fuente del compromiso contractual, tanto de la fiduciaria como del Administrador Designado, pluralidad de deudores que en los términos del artículo 825 del Código de Comercio, permite presumir “que se han obligado solidariamente” respecto de la obligación de administración del patrimonio autónomo que se deriva de la Fiducia de Inversión. A dicha presunción legal se hará referencia más adelante en el texto del Laudo.

3.3.2.2.9 Régimen de protección al consumidor financiero.

En otros capítulos del laudo se hizo referencia a la función y el contenido de los distintos contratos de fiducia que se celebraron para estructurar y desarrollar el proyecto “BOHO MARKET CALLE 18”, esto es, (i) el contrato de fiducia mercantil de inversión con BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. (en adelante la “Fiducia de Inversión”); (ii) el contrato de fiducia mercantil de administración y pagos con Alianza Fiduciaria (en

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

adelante la “Fiducia Subyacente”); y (iii) el contrato de fiducia mercantil de parqueo con Alianza Fiduciaria (en adelante la “Fiducia Inmobiliaria”).

Sin perjuicio de lo ya expuesto sobre el particular, el Tribunal resalta que a través de la Fiducia de Inversión se canalizaron los recursos provistos por los clientes inversionistas a quienes BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG Comisionista invitaron a hacer parte del Proyecto descrito en la presentación estándar “Club Deal BOHO MARKET”¹⁹; y dichos recursos, es decir, los bienes fideicomitidos a través del patrimonio autónomo derivado de la celebración de la Fiducia de Inversión, fueron en su mayoría destinados a adquirir el ochenta por ciento (80%) de los derechos fiduciarios en la Fiducia Subyacente, a través de la cual, de conformidad con su finalidad, debía llevarse a cabo el desarrollo real o material del Proyecto, por ejemplo mediante la celebración y ejecución del Contrato de Construcción y del Contrato de Gerencia y Operación, ambos correspondientes a términos definidos en dicha Fiducia Subyacente.

Por su parte, la finalidad de la Fiducia Inmobiliaria era mantener la titularidad independiente del inmueble en el que se realizaría el proyecto, y la dueña de la mayoría de los derechos fiduciarios en la Fiducia Inmobiliaria era, precisamente, la Fiducia Subyacente.

Antes de volver sobre las obligaciones a cargo de las convocadas a la luz de la Fiducia de Inversión, que es el negocio jurídico celebrado entre las partes objeto de este litigio respecto del cual se previó la cláusula arbitral en la que se funda la competencia de este Tribunal, se resalta que la Fiducia Subyacente no está cobijada por la competencia del Tribunal. Esto significa que en este Laudo, ni se puede ni se pretende decidir sobre el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la Fiducia Subyacente o sobre las eventuales responsabilidades de sus partes contratantes; pero ello no obsta para que el Tribunal pueda analizar, como en efecto lo hará, en el marco de su competencia y en atención a lo pretendido por el convocante en su demanda, hechos relacionados con la ejecución de la Fiducia Subyacente y que son determinantes para la verificación del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones a cargo de las convocadas y que son objeto de la Fiducia de Inversión.

Aunque se trata de contratos fiduciarios distintos e independientes, ambos están relacionados en la medida en que los dos tenían por finalidad servir de instrumentos jurídicos para desarrollar el proyecto “BOHO MARKET CALLE 18”, de manera que para

¹⁹ Contestación de la demanda de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., prueba documental No. 3.8.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

determinar el alcance de las obligaciones surgidas de la Fiducia de Inversión, así como su cumplimiento, es relevante apreciar hechos probados en este proceso y que se dan con ocasión de la Fiducia Subyacente, contrato éste que es otro hecho para los efectos de este litigio.

Lo anterior se refuerza al advertir que en el propio contrato de Fiducia de Inversión se hace expresa alusión a la Fiducia Subyacente, por ejemplo, en los siguientes términos:

- “Sección 1.1 Definiciones. (...)”

*(hh) “**Patrimonio Autónomo Subyacente**” es el Patrimonio Autónomo BOHO Market Calle 18, administrado por Alianza Fiduciaria S.A. en calidad de fiduciaria (...)*”

- “Sección 4.1 Políticas generales de inversión y toma de decisiones de inversión.”

(a) El Patrimonio Autónomo podrá invertir en los Derechos Fiduciarios Subyacentes salvo que se trate de inversiones de los excedentes de liquidez (...)

*(c) La Fiduciaria no garantiza rentabilidad ni resultados en la gestión del Patrimonio Autónomo. Cada uno de los Fideicomitentes acepta que **la administración e inversión de los Bienes Fideicomitados estará incidida por las condiciones y a los resultados del Patrimonio Autónomo Subyacente** y residualmente por las condiciones del mercado en lo que tiene que ver con las inversiones de los excedentes de liquidez”. (se resalta)*

Dado que la demanda cobija como partes demandadas a las dos sociedades convocadas y que el origen del litigio se encuentra en la ejecución del contrato de Fiducia de Inversión, del cual tienen las dos el carácter de deudoras, es relevante profundizar acerca del alcance de la obligación de administración del patrimonio autónomo de la Fiducia de Inversión, el cual implica o cobija la vigilancia o supervisión del desarrollo del Proyecto “BOHO MARKET CALLE 18”, en beneficio del convocante como cliente inversionista.

Al respecto, y en primer lugar, el Tribunal encuentra que los apartes sobresalientes del contrato de Fiducia de Inversión relacionados con las funciones específicas de BTG

PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en lo que interesa ahora, son los siguientes (algunos ya referidos más atrás, pero que es necesario recordar):

- “Sección 3.3 Guarda y tenencia de los Bienes Fideicomitidos.

La guarda y tenencia de los bienes de propiedad del Patrimonio Autónomo estará a cargo de la Fiduciaria, quien tendrá la facultad de contratar los servicios de un tercero especializado cuyos costos podrán ser cargados al Patrimonio Autónomo y ser descontados del mismo o en su defecto serán asumidos por los Fideicomitentes. Este tercero al que se refiere esta Sección podrá ser una entidad Vinculada de la Fiduciaria, con quién podrá compartir las estructuras contractuales ante los depósitos centralizados de valores”. (se resalta)

- “Sección 12.2 Obligaciones de la Fiduciaria.

En desarrollo del presente Contrato, la fiduciaria está obligada de manera expresa para ejercer en nombre propio, en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo, las siguientes actividades: (...)

(b) Administrar el Patrimonio Autónomo con la diligencia que corresponde a su carácter profesional, de acuerdo con los lineamientos definidos por los Fideicomitentes y las instrucciones emitidas por el Administrador Designado, según su perfil de riesgo y demás reglas señaladas en este Contrato.

(c) Controlar, medir, gestionar y supervisar el riesgo del Patrimonio Autónomo. (...)

(n) Velar porque se conserven debidamente los Bienes Fideicomitidos y tomar todas las medidas de seguridad que sean necesarias. (...)

(q) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad del Contrato, los cuales ejecutará de acuerdo a lo previsto en el Contrato y de conformidad con la ley, incluyendo, pero sin limitarse a, diligenciar y presentar los formularios cambiarios a que haya lugar”. (se resalta)

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

- “Sección 12.3 Obligaciones de medio.

Las obligaciones de gestión de la Fiduciaria derivadas del presente Contrato son de medio y no de resultado, y en cumplimiento de ello responderá hasta de la culpa leve, según la definición que trae el artículo 63 del Código Civil Colombiano”.

Estas funciones en cabeza de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. deben ser analizadas e interpretadas teniendo en cuenta el marco legal previsto para ellas en el artículo 1234 del Código de Comercio (en adelante “C.Co.”), en el que se establecen los deberes indelegables del fiduciario, de los cuales aquí se destacan los siguientes:

- “1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia; (...)*
- 4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”.*

Por su parte, y en segundo lugar, los apartes relevantes del contrato de Fiducia de Inversión relacionados con las funciones específicas de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. en su calidad de Administrador Designado, que se traen de nuevo para el estudio particular, son los siguientes:

- “Sección 5.2 Funciones. Las funciones del Administrador Designado son:

*(a) **Administrar**, suscribir (en los casos en que sea facultado para hacerlo) o **vigilar**, según sea el caso, **los contratos de los cuales el Patrimonio Autónomo sea parte**, y cumplir con las obligaciones a su cargo según lo previsto en tales contratos, así como cumplir con las obligaciones de los contratos que lo vinculen con el Patrimonio Autónomo Subyacente o que sean celebrados con el fin de materializar el Proyecto. (...)*

*(e) **Representar al Patrimonio Autónomo en la asamblea y demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente y ejercer los derechos políticos** y económicos que le correspondan al Patrimonio Autónomo en el Patrimonio Autónomo Subyacente, **incluyendo igualmente el ejercicio del derecho de inspección y análisis de los informes de rendición de cuentas y periódicos**. En este sentido, el Administrador Designado podrá*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

tomar decisiones que incluyen, pero sin limitarse a, la designación y/o remoción de los miembros del comité fiduciario del Patrimonio Autónomo Subyacente.” (se resalta)

La lectura conjunta de todos los apartes que se han transcrito del contrato de Fiducia de Inversión, corresponde hacerla de conformidad con la regla del inciso primero del artículo 1622 del Código Civil, que prescribe que “las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”, que está precedida por el artículo 1621 del Código Civil, según el cual “en aquellos casos en los que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”, reglas ambas antecedidas por la consagrada en el artículo 1618 del Código Civil, según cual “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Aplicando tales reglas, el Tribunal concluye que la obligación de administrar el patrimonio autónomo de la Fiducia de Inversión, en los términos pactados por ellas, estaba a cargo de las dos convocadas, e implicaba la vigilancia o supervisión respecto del desarrollo y avance del Proyecto en el marco de la ejecución de la Fiducia Subyacente.

Por ejemplo, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. tenía la función de administrar con la diligencia que corresponde a su carácter de profesional especializado los recursos de la Fiducia de Inversión; para ello debía velar por que tales recursos o bienes fideicomitidos se conservaran debidamente, así como también tenía la función de controlar, gestionar y supervisar los riesgos del Patrimonio Autónomo, entre ellos, los riesgos de contraparte y de desarrollo del Proyecto²⁰, cosa que no puede confundirse con la asunción de los mismos, ni con exigirle a la fiduciaria que se convirtiera en una coadministradora de la Fiducia Subyacente; y por último, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. debía, en general, realizar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad del contrato de Fiducia de Inversión.

²⁰ Contrato de Fiducia de Inversión. “Sección 7.1 Riesgos. Debido a la naturaleza de los activos en los cuales invierte el Patrimonio Autónomo Subyacente, los Fideicomitentes mediante la suscripción del presente Contrato manifiestan y aceptan que tienen conocimiento de la posibilidad que existe de incurrir en pérdidas de capital, derivada, entre otros, de los siguientes riesgos: (...) (g) Riesgo de contraparte: Riesgo de incumplimiento de los términos contractuales acordados con las contrapartes (incluyendo desarrolladores) de los Proyectos. También se refiere al riesgo de contraparte relacionado con el incumplimiento de los compradores de los inmuebles ofrecidos en venta de los términos pactados en el contrato de compraventa, derivados de cada uno de los proyectos. (...) (l) Riesgo de desarrollo: Riesgos involucrados en el desarrollo de los Proyectos hasta tanto estos hayan sido vendidos, incluidos los riesgos de construcción, de permisos y licenciamiento, retrasos y demoras, entre otros, afectando negativamente la rentabilidad de la inversión”. (se resalta)

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Respecto de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., se advierte en los respectivos apartes ya transcritos del contrato de Fiducia de Inversión que dicha sociedad, en su calidad de Administrador Designado, tenía la función de administrar y vigilar los contratos celebrados a través y por cuenta del patrimonio autónomo derivado de la Fiducia de Inversión; y se resalta que el único contrato celebrado por cuenta de éste fue el contrato de Fiducia Subyacente, en calidad de fideicomitente en ese segundo contrato, en el cual se desarrollaría el Proyecto, tal y como ya se explicó. En este sentido, BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. tenía también la función de analizar los informes y rendiciones de cuentas que se expidieran en la ejecución de la Fiducia Subyacente respecto del desarrollo del Proyecto.

Con base en todo lo anterior, el Tribunal reitera que sí existía una obligación de administrar especialmente estipulada en el contrato de Fiducia de Inversión y en cabeza de las convocadas que conllevaba la vigilancia o supervisión respecto del desarrollo y avance del Proyecto en el marco de la ejecución de la Fiducia Subyacente. Del contrato de fiducia de inversión se derivó para las convocadas, entonces, una obligación de administrar, cuyo despliegue por ellas se traducía en la necesidad de atender diversas prestaciones o funciones pactadas en ese negocio jurídico, para alcanzar la finalidad propia de esa obligación.

Lo anterior significa, de acuerdo con la estructura y contenido de los distintos contratos de fiducia ya referidos, que BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., en su calidad de Administrador Designado, debía ejercer actividades de administración que implicaban una supervisión o vigilancia en la ejecución de la Fiducia Subyacente, y que BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. ejercía sus propias funciones de administración con base en la información que le reportara o entregara BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. y de los requerimientos que la Fiduciaria le hiciera a ésta, sin que de ninguna manera ello significara la renuncia o exoneración al cumplimiento de los deberes indelegables ya referidos en cabeza de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Ahora bien, asunto distinto es determinar el alcance de la obligación de administrar que implicaba la supervisión y vigilancia en cabeza de las convocadas pues, como fácilmente se advierte de la lectura de los apartes transcritos del texto del contrato de Fiducia de Inversión, en su redacción no se incluyó ninguna especificación acerca de la forma, los mecanismos, o el nivel de detalle con el que debería cumplirse tal obligación en relación con el desarrollo y avance del Proyecto a la luz de la ejecución

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

de la Fiducia Subyacente. Y ello refuerza la presunción de solidaridad respecto de la obligación de administrar que se ha explicado, y que en este caso opera como consecuencia de la aplicación del referido artículo 825 del Código de Comercio, sin que haya sido desvirtuada a lo largo del presente proceso arbitral.

En consecuencia, el Tribunal debe, con base en el contrato y en las leyes aplicables a su celebración y ejecución, determinar cuál era el alcance de las previsiones contractuales en relación con la obligación de administrar que implicaba la supervisión y vigilancia del Proyecto y la ejecución de la Fiducia Subyacente. En este sentido, además de reiterar el deber legal del fiduciario consistente en “*Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia*”, el Tribunal debe reparar en las implicaciones que tienen para el presente Laudo algunas disposiciones relacionadas con el régimen de protección al consumidor financiero, puesto que el convocante tiene el carácter de consumidor financiero a la luz de lo previsto en la Ley 1328 de 2009²¹.

Al respecto, el Tribunal resalta el contenido de los siguientes artículos de la referida Ley 1328:

- “*Artículo 5. Derechos de los consumidores financieros. Sin perjuicio de los derechos consagrados en otras disposiciones legales vigentes, los consumidores financieros tendrán, durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada, los siguientes derechos:*
 - a) *En desarrollo del principio de debida diligencia, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir de parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con*

²¹ Ley 1328 de 2009. “*Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación. El presente régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección. Para los efectos del presente Título, se incluye dentro del concepto de consumidor financiero, toda persona que sea consumidor en el sistema financiero, asegurador y del mercado de valores.*”; y “*Artículo 2. Definiciones. Para los efectos del presente régimen, se consagran las siguientes definiciones: a) Cliente: Es la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social; (...) d) Consumidor financiero: Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas; e) Productos y servicios: Se entiende por productos las operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley. Se entiende por servicios aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros; (...) h) Entidades vigiladas: Son las entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia*”.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas” (se resalta)

- *“Artículo 7. Obligaciones especiales de las entidades vigiladas. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales: (...)
b) Entregar el producto o prestar el servicio debidamente, es decir, en las condiciones informadas, ofrecidas o pactadas con el consumidor financiero, y emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de los mismos”. (se resalta)*

Para el Tribunal es claro que las condiciones planteadas, expuestas o informadas a los interesados en invertir durante la etapa precontractual de la Fiducia de Inversión, las cuales dieron pie a un entendimiento por parte de dichos interesados acerca de los roles a cumplir por BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., resultan preponderantes a la hora de determinar el alcance de las obligaciones en cabeza de la Fiduciaria, frente a quienes terminaron contratando con ella la Fiducia de Inversión y que legalmente pueden ser calificados como consumidores financieros.

Para esos efectos, hay que remitirse a las condiciones que le fueron planteadas o informadas a los consumidores financieros que celebraron el contrato de Fiducia de Inversión en calidad de fideicomitentes, entre ellos, el convocante, y sin perjuicio de que su vinculación fue como cesionario de los derechos fiduciarios que eran de propiedad de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. Con ocasión de la información relacionada con la vinculación se expuso una presentación comercial estándar denominada “Club Deal BOHO MARKET” dirigida al convocante y de fecha diciembre 2017²², que también le fue expuesta a los demás fideicomitentes de la Fiducia de Inversión, y así lo confirmó en su declaración la señora MARÍA CLARA OJALVO RODRÍGUEZ, quien fungió como representante legal de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S y para la fecha de su declaración aún estaba vinculada a la organización BTG Pactual a través de BTG Comisionista²³.

²² Contestación de la demanda de BTG Re Income, prueba documental No. 3.8.

²³ Transcripción de la declaración de la señora María Clara Ojalvo Rodríguez. **“INTERROGA EL TRIBUNAL, PRESIDENTE. PREGUNTADA:** *Muy bien, muchas gracias. En este conflicto que se presenta entre el señor JUAN CARLOS OSORIO Arbeláez, y BTG PACTUAL y BTG PACTUAL RE INCOME, nos han informado las partes en sus escritos, que usted participó en unas reuniones en las cuales le presentó, nos dirá a nombre de qué sociedad, un proyecto al señor JUAN CARLOS OSORIO. ¿Usted quiere narrar, por favor, de manera espontánea, de qué reuniones pudo tratarse, en que época? Y le pido que no lea ningún apunte, que se abstenga de mirar todo tipo de documentos. Si necesita recordar algo a través de esa consulta, nos pide por*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

En el contenido y estructura de dicha presentación comercial expuesta al convocante y a los demás fideicomitentes, se incluyó un resumen ejecutivo del Proyecto, una descripción de la estructura legal que tendría el mismo, y una descripción general del rol que tendría cada parte interviniente. En este documento se afirma que “*La estructura (legal) cuenta con una administración delegada especializada acorde con la complejidad del activo*”, refiriéndose a BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., y se afirma que éste sería el representante de los fideicomitentes de la Fiducia de Inversión “*para la toma de decisiones y gestión de las inversiones*” en la Fiducia Subyacente, y también se afirmó en el documento que BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S tendría “*responsabilidades y obligaciones específicas en relación con la gestión de activos y reportes*” a los fideicomitentes de la Fiducia de Inversión.

En cuanto a dicha información, el Tribunal resalta los testimonios rendidos por JUAN PABLO ÁNGEL ARANGO, MAURICIO MOLINA URIBE, CAROLINA JARAMILLO DEL CORRAL Y GONZALO RESTREPO LÓPEZ, ninguno de los cuales fue objeto de tacha por las convocadas; a estos testigos se les expuso la referida presentación comercial estándar preparada por BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y ellos terminaron contratando en calidad de fideicomitentes la Fiducia de Inversión, ya sea directamente o a través de una sociedad de su propiedad. En sus testimonios estas personas coincidieron al manifestar un entendimiento coincidente acerca de las condiciones planteadas o informadas en cuanto al rol que tendría BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. y su alcance en cuanto a las actividades de administración que se realizarían, al manifestar, muy gráficamente por lo demás, que ésta sería sus “ojos” en el desarrollo del proyecto, y así consta en los siguientes apartes que se transcriben de los referidos testimonios:

- Testimonio de JUAN PABLO ÁNGEL ARANGO:

*favor la autorización. **CONTESTÓ:** Listo. La fecha o la reunión que yo tuve con JUAN CARLOS OSORIO, fue finales o mediados de diciembre, no recuerdo el día exacto del año 2018. (...) En esa reunión teníamos una presentación muy estándar, que era la misma presentación que le hacíamos a todos los clientes, donde discutíamos a grandes rasgos lo siguiente: el primer slide siempre abríamos con un resumen ejecutivo del proyecto (...) Después se mostraba los diferentes actores que iba a tener el proyecto; teníamos a ALIANZA FIDUCIARIA, a BTG FIDUCIARIA, administrador de RE INCOME; se daba una breve explicación de los roles y el alcance que iba a tener cada uno en el proyecto, y finalizando teníamos un análisis financiero del proyecto, donde corríamos unos análisis de sensibilidad para mirar esa rentabilidad o esa TIR, que les mostrábamos a los inversionistas, bajo unos supuestos de vacancia o de ocupación que iba a tener el proyecto, cuál sería el resultado esperado”. (se resalta)*

Radicado 2020 A 0025

“PREGUNTADO: *¿Recuerda usted cómo fue en este proyecto la remuneración de BTG FIDUCIARIA y BTG RE INCOME como administradora?*

CONTESTÓ: *Ángela, estaba contemplado, si la memoria no me falla, que ellos cobraban un fee por administrarlo, y básicamente, la decisión de participar de esto era eso “venga, yo le pago a estas personas o a esta compañía que tiene todo este nivel de expertise”, sacrificamos obviamente en el retorno futuro de esta inversión, porque ellos tienen no sólo todo el conocimiento para operar este tipo de espacios, como nos lo propusieron, sino que finalmente van a ser eso: los ojos, los oídos, la cabeza de esta inversión, y por eso se le pagaba un fee, para estructurar el proyecto. **PREGUNTADO:** *¿Constituía parte de esa remuneración; participación en el proyecto?* **CONTESTÓ:** *Ángela, yo no sé si participación se puede llamar a la administración administrativa que ellos tenían que tener, de supervisar y obviamente de revisar el cumplimiento, de hacer obviamente todas las diligencias necesarias para que este proyecto o para que la plata de los inversores, que ellos habían invitado a este proyecto, pues obviamente estuviera cuidada.* (...)*

PREGUNTADO: *Juan Pablo, cuando ustedes tuvieron los primeros acercamientos y en la firma de los contratos, ¿se les manifestó que aparte de ustedes entregar el dinero en la inversión, tenían otras obligaciones adicionales, y específicamente algo de vigilancia, administraciones, auditorías; o lo único que se les manifestó y firmaron es que ustedes estaban obligados era a entregar el dinero nada más?* **CONTESTÓ:** *No, doctora Ángela, de hecho yo recuerdo una reunión, específicamente hablando con Eduardo, preguntándole que las comisiones se me hacían muy altas, y él básicamente lo que me decía es que el tiempo y el equipo de trabajo que él tenía para supervisar y garantizar que esto fuera exitoso, pues obviamente tenía que pagarle a todo ese equipo de trabajo, y que de ahí venían derivados los descuentos o las comisiones. A lo cual yo insistí que de todos modos me parecía muy alta, pero al final terminan aceptándose por esa condición; de que ellos iban a terminar siendo o que ellos esencialmente serían nuestros ojos, y obviamente los garantes de que este proyecto funcionara.* (...)

PREGUNTADO: *Decía usted en alguna de sus respuestas a las preguntas de la doctora Ángela, que el proyecto fracasó y le preguntaban cuál fue la causa, una de las preguntas de ella fue cuál fue la causa. Sin embargo, si yo entendí bien su respuesta, usted se centró más en hablar un poco sobre la información que le daban, que usted la consideraba ambigua, no reflejaba la problemática.*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

*Entonces yo quisiera volver sobre ese aspecto, para preguntarle si usted sabe cuál fue la causa por la cual se paralizó el proyecto de construcción de BOHO MARKET CALLE 18. **CONTESTÓ:** Doctor Varón, la causa específica finalmente no la sé, pero a lo que yo me refería en la respuesta que le di a la doctora Ángela, es que la función que tenía BTG, en este caso el grupo que me invitó a mí a hacer parte de esta inversión; de supervisar, de velar obviamente y tener el cuidado de que los recursos nuestros fueran utilizados correctamente, no se hizo". (se resalta)*

- Testimonio de MAURICIO MOLINA URIBE:

***"PREGUNTADO:** ¿Usted tiene algún conflicto contra BTG en este momento? **CONTESTÓ:** Sí señor, claro. **PREGUNTADO:** Cuéntenos. **CONTESTÓ:** Como ya les he contado, yo participé como inversionista, invertí un capital en este proyecto, en el cual fue desfalcado, no nos los entregaron, no nos prometieron (sic) nada de lo que nos dijeron. Como ya les había contado, en la reunión que yo estuve me expusieron con unas diapositivas un negocio inmobiliario que iba a ser llevado a cabo a 9 meses o 10 meses. Después me di cuenta que lo cambiaron, sin nuestro consentimiento ni nuestra participación, a 24 o 25 meses si no estoy mal, y después de un poco más de un año, un año de haber entregado nuestro dinero, un año y medio casi, pues nos dimos cuenta que el negocio estaba parado al 20%, que obviamente nunca nos entregaron el inmueble, y luego después por un movimiento que se tuvo de Davivienda, el crédito pasarlo a un Leasing de Bancolombia, pues resulta que ahora no tenemos nada, ya perdimos hasta el terreno y nuestro capital ya se esfumó, y no tenemos absolutamente nada. Entonces por eso entramos una demanda en contra de BTG, que fue la empresa a la cual nosotros contratamos, la que nos invitó a pertenecer a ese negocio y a la cual nosotros le pagamos obviamente por esta gestión de auditoría de control y de que ellos fueran nuestros ojos en este negocio, y pues evidentemente nunca fue así. (...)*

***PREGUNTADO:** Gracias. También en una respuesta anterior usted dijo que BTG se había comprometido a hacer una auditoría, me pareció entenderle. ¿Usted está utilizando ese término porque lo vio en algún documento, o quiere por favor precisarnos qué entiende usted por auditoría? **CONTESTÓ:** Pues precisar simplemente que BTG era nuestros ojos en todo este proyecto, y ellos tenían el compromiso de hacerle seguimiento a nuestra inversión, de*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

administrarla, gestionarla. Hablo de auditar no en el hecho de que tenían que contratar una auditoría para esto, sino de estar verificando que los dineros sí fueran utilizados para el beneficio de este proyecto, para poderlo terminar. Vuelvo y repito, yo no soy experto en el tema; yo lo único que sé, doctor Maximiliano, es patear un balón, soy experto es en eso; por eso accedí a que ellos gestionaran estos dineros para mí, porque son los expertos en el tema y ellos eran los encargados de tener el control de esta negociación y de ver cómo se iba a invertir mi dinero”. (se resalta)

- Testimonio de CAROLINA JARAMILLO DEL CORRAL:

“PREGUNTADA: Ya. ¿Quién hizo la presentación, qué personal, y si nos puede decir, cuál de las razones sociales o firmas asociadas a BTG fue la que le hizo la presentación?, ¿BTG PACTUAL FIDUCIARIA, BTG RE INCOME?
CONTESTÓ: En esa presentación estoy segura que estaba Juan Pablo Villa, en esa específica no sé si estaba Eduardo Romero, pero a mí la invitación fue BTG PACTUAL. **PREGUNTADA:** ¿A secas?, ¿usted no tiene ahí ninguna individualización? **CONTESTÓ:** No señor, para mí es BTG PACTUAL, que es donde a mí me citó Juan Pablo Villa; BTG PACTUAL. **PREGUNTADA:** Bueno, le hicieron la presentación y qué sucedió entonces, cómo se suma, qué tipo de estructura tiene ese proyecto. **CONTESTÓ:** No, entonces nos hablaron la presentación, la estructura, nosotros íbamos a ser fideicomitentes, los socios iban a ser OIU, y ADAR; BTG PACTUAL iba a ser el administrador delegado, iba a ser nuestros ojos, las personas que iban a ser nuestros administradores, nuestros delegados, nuestros ojos ante el proyecto. Inclusive nosotros en esa presentación se decía que el 10% de nuestra participación se le cedía a BTG PACTUAL, por ser el administrador delegado. (...)

PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTOR JUAN LUIS MORENO QUIJANO: Perdón, yo sí tengo de pronto una preguntita. Carolina, usted hizo referencia a que BTG PACTUAL cobraría el 10% de la inversión como una comisión por ser los ojos de ustedes en el proyecto, creo que empleó esa expresión. Explíquenos, si recuerda concretamente, BTG PACTUAL qué dijo que estaba asumiendo en el proyecto, qué tareas en relación con ese punto específico y con la razón de ser de la causación de la comisión, aparte de lo que usted dice que estaba en un brochure del proyecto. **CONTESTÓ:** Sí, recuerdo que en la presentación que nos hicieron, decía que BTG era el administrador delegado, era la persona se iba a encargar de vigilar nuestro

TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

Radicado 2020 A 0025

patrimonio, nuestra inversión; no tengo aquí todo el derrotero de la presentación, pero con mucho gusto se los puedo compartir.” (se resalta)

- Testimonio de GONZALO RESTREPO LÓPEZ:

“PREGUNTADO: Sin minimizarlo, le pregunto: ¿la alarma usted la tuvo fue por la conversación con el doctor Cortés, o hubo otros elementos que le llamaron la atención antes de eso? **CONTESTÓ:** No, yo a veces veía, yo manejo en mi cabeza varios negocios, y le voy a decir una cosa, doctor, con toda la franqueza, aunque parezca muy ingenuo de mi parte, pero el primer principio que he aplicado toda la vida, y tampoco es la primera empresa que yo manejo, creo que es la más chiquita que manejo, porque es mi platica que yo gané trabajando; toda la vida manejé negocios muy grandes y yo hice mucha construcción, yo en el Éxito pude haber hecho cientos de almacenes, pero generalmente es trabajar uno con buenas firmas, con gente de confianza, por supuesto en esas firmas tan grandes uno tiene muchas más ayudas y preferiblemente pagarle a gente buena, que uno ponerse a hacer todo. Y precisamente yo aquí tenía la tranquilidad de que el Administrador Designado estaba poniendo el ojo. Es que lo que le estábamos pagando a ellos era por poner ese ojo, por manejar esas cosas, y por irnos contando lo que usted llama, digamos si son reuniones informales, sí, son reuniones entre un gerente y una persona que van hablando, etcétera. (...)

PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTOR JUAN LUIS MORENO QUIJANO: Doctor Gonzalo, buenas tardes. ¿Cómo expresó BTG PACTUAL a ustedes, que él se encargaría de la administración de ese proyecto?, ¿en qué consistía esa labor de encargarse de la administración, o no se mencionó detalle de en qué consistía? **CONTESTÓ:** No, yo no me acuerdo, doctor; lo expresó que ellos, en todo caso no era solamente hacer los llamados de capital, administrar no era hacer los llamados de capital; era darle vuelta a la obra, ver que la obra fuera bien”. (se resalta)

El análisis de los apartes transcritos de los testimonios, dentro del contexto del acervo probatorio allegado a este proceso, es útil para responder la pregunta atrás formulada, consistente en determinar cuál era el alcance de las obligaciones y funciones que se derivaban del contrato de Fiducia de Inversión en cabeza de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.; y específicamente la obligación de administrar que implicaba la supervisión y vigilancia

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

respecto del desarrollo y avance del Proyecto en el marco de la ejecución de la Fiducia Subyacente.

Al respecto, el Tribunal concluye que el entendimiento de estos fideicomitentes que celebraron el contrato de Fiducia de Inversión, en relación con las condiciones planteadas, informadas u ofrecidas en cuanto al papel que tendrían las sociedades BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en especial y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., es que ésta sería sus “ojos” en el desarrollo del Proyecto y en la ejecución de la Fiducia Subyacente, lo cual, para el Tribunal significa que el cumplimiento de las funciones previstas en la Sección 5.2 del contrato de Fiducia de Inversión en cabeza de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. obedecía necesariamente a una obligación de administrar que implicaba la vigilancia y supervisión sustantiva o sustancial, no simplemente formal, como lo sería por ejemplo, la simple recepción y reenvío de información a los fideicomitentes inversionistas.

Lo más importante, dicho entendimiento no fue consecuencia de una interpretación aislada, arbitraria o de un deseo *ex post facto* de los fideicomitentes, sino que surge de la información suministrada a ellos por las sociedades de BTG Pactual, entre ellas, las convocadas, en medio de una relación precontractual que dio origen a la celebración del contrato de Fiducia de Inversión.

Se debe advertir que la referencia a dicha etapa precontractual en este litigio no se hace para examinar una eventual responsabilidad en los términos del artículo 863 del C.Co., ejercicio inútil e improcedente como quiera que aquí sí se celebró un contrato; de lo que se trata es de poner de relieve sus antecedentes, los cuales, de acuerdo con la jurisprudencia, tienen importancia para determinar el alcance de un contrato: “...*los actos, tratos o conversaciones preliminares, enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato*”²⁴.

De manera que entre dicha relación precontractual, fuente de la información aquí examinada, y el contrato finalmente celebrado, existe una relación teleológica que no le permite a las convocadas dejar de ver, por así decirlo, la forma en que ellas mismas permitieron que unos potenciales consumidores financieros de sus servicios o

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 1989.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

productos, entendieran, razonablemente por lo demás, que se llevarían a cabo actividades administrativas que contarían con uno o dos ojos (en las declaraciones se habla de ambos supuestos) especializado o especializados, metáfora ésta que no tiene un sentido distinto al de entender que la ejecución del proyecto en la Fiducia Subyacente cuyo riesgo asumieron los fideicomitentes de la Fiducia de Inversión, sería objeto de vigilancia y supervisión por parte de las convocadas.

Esa comprensión es acorde con el sentido funcional y finalístico con el que hay que exigir el cumplimiento del deber legal e indelegable del fiduciario consistente en *“Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”*. Porque dados los antecedentes referidos sería difícil pensar que las expectativas legítimas generadas en los interesados en relación con la administración de los bienes fideicomitidos que implicaban vigilancia y supervisión a partir de la información suministrada, pudieran limitarse a entender que en esa materia el fiduciario profesional y el Administrador Designado, además de escindir, sin base contractual o legal su responsabilidad, fueran meramente pasivos o a lo sumo simples mensajeros de la información que se generaba con el desarrollo del proyecto en la ejecución de la Fiducia Subyacente.

El reconocimiento del entorno económico dentro del cual se desarrolla la actividad de los servicios y productos financieros ha llevado a que en las leyes vigentes se reconozca la necesidad de protección del consumidor financiero, incluyendo en ella lo referente a la información debida al consumidor, cuya transparencia, certeza, suficiencia y oportunidad implican una carga de claridad para la entidad financiera, para que no se generen malos entendidos o expectativas inexistentes respecto del alcance de los servicios y productos ofrecidos, y de la gestión, en este caso fiduciaria, a su cargo.

Por esa razón, en el contexto específico de la protección de los consumidores financieros, en la Ley 1328 de 2009 se ha consagrado el principio de transparencia de información cierta, suficiente y oportuna; y la doctrina ha destacado la importancia de la regulación sobre el particular en el derecho local y comparado, para el consumidor, *“...para brindarle una mayor protección, y en lo posible para asegurar una mejor y libre elección (derecho de elección) y, por esa vía, una decisión más informada –e ilustrada–*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

por parte de un sujeto que, por regla general, se le considera frágil, al mismo tiempo que más vulnerable en el campo contractual (asimetría negociada)”²⁵.

BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. junto con BTG PACTUAL Comisionista fueron las entidades profesionales especializadas, que le presentaron o expusieron a los fideicomitentes inversionistas las condiciones o términos en los que se estructuraría el Proyecto y los roles que tendrían cada uno de sus partícipes; para el Tribunal es claro que, adicionalmente al cumplimiento de los deberes indelegables de los fiduciarios y en particular de la obligación de administrar propias de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. que implicaban una vigilancia y supervisión indirecta del proyecto y de la ejecución de la Fiducia Subyacente como ya se ha explicado, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., quien es Convocada en este proceso, generó con dicha presentación de los términos o condiciones del Proyecto, un entendimiento y unas expectativas legítimas entre los fideicomitentes inversionistas y consumidores financieros, en cuanto que la inversión que realizarían a través de la Fiducia de Inversión y que se destinaría para desarrollar el Proyecto en el marco de la Fiducia Subyacente, estaría vigilada y supervisada activamente por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., y por ende, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. tenía también la carga o el deber de velar y vigilar que BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. cumpliera diligentemente con dichas actividades administrativas que implicaban vigilancia y supervisión, pues ello fue lo planteado o informado a los fideicomitentes inversionistas.

Es claro que en esa materia no se configuró una ‘oferta’ en sentido legal, esto es, con el alcance vinculante que a esa clase de declaraciones unilaterales de voluntad se le asigna en el artículo 846 del C.Co.; pero el Tribunal considera que en el contexto de la reunión en la que se realizó la explicación de la presentación comercial estándar a la cual se ha hecho ya referencia, la información rendida sí dio lugar al entendimiento que se ha descrito con las implicaciones obligacionales que ello tiene, dado que el contrato objeto de esa etapa precontractual sí se celebró, es decir, el contrato de Fiducia de Inversión, que de acuerdo con la ley, debe ser diligentemente ejecutado por el fiduciario.

3.4 El incumplimiento del contrato de fiducia de inversión imputado por la convocante a las convocadas

²⁵ CARLOS IGNACIO JARAMILLO. *Derecho Privado, Tomo III Derecho de contratos*, Parte general y parte especial. Editorial Ibañez. 2017. pág. 1943.

3.4.1 Ambas convocadas asumieron la calidad de administradoras del Patrimonio Autónomo

Conforme al análisis que antes se ha hecho de las obligaciones contraídas por ambas convocadas en virtud de la celebración del Contrato de Fiducia de Inversión, para el Tribunal es claro que tanto BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. tenían a cargo la administración del PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET CALLE 18, en los términos ya explicados por el Tribunal, y sin que ninguna de esas compañías pudiera escudarse, en el evento de un incumplimiento de sus funciones referentes a la obligación de administrar involucradas en este litigio, en que la otra dejó de cumplirlas total o parcialmente.

En efecto:

- El Parágrafo de la Sección 12.1 del Contrato de Fiducia de Inversión dispone que **“las facultades otorgadas a la Fiduciaria serán ejercidas por esta última de manera discrecional y según sus criterios profesionales como sociedad fiduciaria y administradora del Patrimonio Autónomo”** (negrilla fuera de texto), con lo cual queda claro:

(i) que esa calidad de administradora es inseparable de su condición de Fiduciaria;

(ii) que tal calidad permanece en cabeza suya, a pesar de haberse vinculado al contrato el Administrador Designado (BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.), quien, en estos términos, se suma, como un apoyo o complemento, a la gestión de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., pero sin llegar a sustituirla en su condición indelegable de administradora, ni en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esa calidad; y

(iii) que a pesar de señalar el contrato al Administrador Designado como “el encargado de dar las instrucciones a la Fiduciaria en relación con las inversiones”, ello no puede implicar en ningún caso que ésta quede liberada de su función indelegable de proceder “de manera discrecional y según su criterio profesional como sociedad fiduciaria y administradora del Patrimonio Autónomo”, de modo que pudiera eludir sus responsabilidades bajo el pretexto de que el Administrador Designado le dio o dejó de darle determinada instrucción.

- Del Contrato de Fiducia de Inversión se destacan además los siguientes textos, relacionados con las funciones contractuales de la fiduciaria:
 - Conforme a la Sección 3.3, la fiduciaria tiene a su cargo **“la guarda y tenencia de los bienes de propiedad del Patrimonio Autónomo”** (Sección 3.3).
 - Conforme al literal (b) de la Sección 12.1, **“se entienden incluidas dentro de las facultades de la Fiduciaria todas las necesarias para el cumplimiento del objeto del presente Contrato”**.
 - Conforme a la Sección 12.2, entre otras obligaciones, la fiduciaria debe recibir los bienes fideicomitidos e **“invertirlos de conformidad con las condiciones y parámetros señalados en el presente Contrato”** (literal a); tiene a su cargo la obligación de **“administrar el Patrimonio Autónomo con la diligencia que corresponde a su carácter profesional”** (literal b); le corresponde **“controlar, medir, gestionar y supervisar el riesgo del Patrimonio Autónomo”** (literal c); debe **“cumplir a cabalidad con los aspectos operativos necesarios para la adecuada administración del Patrimonio Autónomo”** (literal h); debe **“entregar a los Fideicomitentes la rendición de cuentas y los informes referidos en este Contrato (literal l); está obligada a “velar porque se conserven debidamente los Bienes Fideicomitidos y tomar todas las medidas de seguridad que sean necesarias” (literal n); y ha de “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad del Contrato” (literal q).**

(Negrillas fuera de texto)

- Las funciones indicadas guardan armonía con lo dispuesto por el Art. 1234 del C.Co., conforme al cual la fiduciaria debe **“realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”, y “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”**. A su vez, el Art. 1235 consagra el derecho de los beneficiarios del contrato de fiducia mercantil de **“exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas”**.
- En el Contrato de Fiducia se establece una serie de funciones de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., sociedad a la cual se atribuye el cargo de **“Administrador**

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Designado”, **“para que actúe como administrador del Patrimonio Autónomo”** y para ser **“el encargado de dar las instrucciones a la Fiduciaria en relación con las inversiones y de las demás instrucciones que disponga la Asamblea de Fideicomitentes”** (Sección 5.1). Negrilla fuera de texto.

Es incuestionable que la calidad de administrador del Patrimonio Autónomo que atribuye el contrato a BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. no implica que esta sociedad desplace a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. de la calidad de administrador fiduciario, que sin duda conserva y que el contrato le atribuye expresamente. En consecuencia, las dos sociedades asumieron el rol de administradoras, como fiduciario la una, y como Administrador Designado la otra, haciéndose responsable cada una de ellas de atender las funciones que el mismo conlleva y de las respectivas funciones derivadas de la obligación de administrar que conllevan vigilar, controlar y hacer seguimiento a las inversiones del Patrimonio Autónomo, y específicamente a la inversión que éste hizo en el Fideicomiso Subyacente para el desarrollo del Proyecto BOHO MARKET CALLE 18, ligado de una manera esencial a la finalidad del Contrato de Fiducia de Inversión celebrado.

- Además, al atribuir el Contrato de Fiducia de Inversión a BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. la calidad de Administrador Designado, en la Sección 5.2 de dicho contrato se asignan a esa compañía unas funciones específicas bien importantes, todas enderezadas a apoyar en forma permanente las labores de administración de la Fiduciaria en la calidad de administradora fiduciaria que es propia de ésta.

De tales funciones, contempladas a cargo de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., se destacan las siguientes:

- “Administrar, suscribir (en los casos en que sea facultado para hacerlo) o vigilar, según el caso, los contratos de los cuales el Patrimonio Autónomo sea parte, y cumplir con las obligaciones a su cargo según lo previsto en tales contratos, así como cumplir con las obligaciones de los contratos que lo vinculen con el Patrimonio Autónomo Subyacente o que sean celebrados con el fin de materializar el Proyecto” (literal a).
- “Instruir a la Fiduciaria por escrito, dentro del ámbito de sus atribuciones y facultades, sobre todas las cuestiones necesarias para realizar debidamente

las actividades relacionadas con la inversión en el Patrimonio Autónomo Subyacente” (literal b).

- “Instruir a la Fiduciaria por escrito, dentro del ámbito de sus atribuciones y facultades, sobre los contratos que sea necesario que el Patrimonio Autónomo suscriba, incluyendo, cualquier modificación, adición, terminación o liquidación” (literal c).
- “Dar instrucciones a la Fiduciaria sobre el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo, con estricto cumplimiento de las obligaciones previstas en el presente Contrato” (literal d).
- “Representar al Patrimonio Autónomo en la asamblea y demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente y ejercer los derechos políticos y económicos que le correspondan al Patrimonio Autónomo en el Patrimonio Autónomo Subyacente, incluyendo igualmente el ejercicio del derecho de inspección y análisis de los informes de rendición de cuentas y periódicas. En este sentido, el Administrador Designado podrá tomar decisiones que incluyan, pero sin limitarse a, la designación y/o remoción de los miembros del comité fiduciario del Patrimonio Autónomo Subyacente” (literal e).
- “Objetar las rendiciones de cuentas de la Fiduciaria en representación de los Fideicomitentes, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a su presentación, si a ello hubiere lugar” (literal f).
- “Instruir a la Fiduciaria los montos, plazos, fechas y demás información necesaria para el envío de los Llamados de Capital a los Fideicomitentes de acuerdo con los requerimientos de capital del Patrimonio Autónomo Subyacente y demás necesidades del Patrimonio Autónomo” (literal h).

3.4.2 El incumplimiento de las convocadas de la obligación de administrar del Contrato de Fiducia de Inversión

Cada una de las sociedades convocadas, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., ha sostenido en este proceso que ninguna de las dos tenía a su cargo el deber, obligación o función de vigilar o controlar el desarrollo del Proyecto BOHO MARKET CALLE 18; ni, específicamente, la obligación

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

de vigilar el manejo de los recursos aportados al Fideicomiso Subyacente para adelantar dicho Proyecto; ni la facultad, ni la obligación, de solicitar y revisar unas cifras de dicho proyecto suficientemente detalladas para saber si los recursos se estaban empleando en debida forma, si se estaban destinando exclusivamente al Proyecto, y si se estaban legalizando oportuna y adecuadamente los anticipos entregados por ALIANZA FIDUCIARIA a OIU, como Gerente del Proyecto; ni la obligación de constatar cómo estaba avanzando la construcción del edificio proyectado como elemento esencial del desarrollo del Proyecto.

Según se ha analizado ampliamente en otros capítulos de este Laudo, la posición descrita, esgrimida por ambas convocadas en su defensa, ha sido reiterada, según se puede apreciar, así: en primer lugar, durante el proceso, desde la contestación de la demanda hasta los alegatos de conclusión, y en las respuestas de sus representantes legales, dadas en los interrogatorios de parte que les fueron formulados; y, en segundo lugar, antes del proceso, especialmente en las respuestas dadas a los respectivos derechos de petición presentados a esas compañías por varios fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, ante las anomalías detectadas por ellos en el desarrollo del Proyecto, que condujeron a la pérdida de buena parte de los recursos económicos destinados al mismo, así como al mínimo avance de la construcción del edificio y, finalmente, a la frustración total del Proyecto, derivada de su caótica situación económica, que incluso dio lugar a perder el inmueble, que había sido vinculado a una financiación otorgada por Bancolombia mediante el esquema de un leasing.

La defensa de las convocadas a la cual se viene haciendo referencia, consistente en sostener que no estaban facultadas, ni obligadas, a llevar a cabo la función de vigilancia y control del desarrollo del Proyecto, entraña una confesión inequívoca de no haber cumplido ninguna de esas dos sociedades la obligación de administrar que implicaba dicha vigilancia, confesión que, además, es armónica con el contenido de varios testimonios rendidos en el proceso, a los cuales se ha hecho referencia en el presente proveído, y con el carácter eminentemente formal, superficial y rutinario de los informes rendidos a los fideicomitentes sobre el desarrollo del Proyecto.

Además, es pertinente anotar que BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. sólo vinieron a promover una revisión a fondo del desarrollo del Proyecto con ALIANZA FIDUCIARIA y un equipo de profesionales designado para el efecto, cuando ya dicho Proyecto era inviable o irrecuperable, después de haber tenido noticia de parte de los propios fideicomitentes de la parálisis de la construcción del edificio destinado al desarrollo BOHO MARKET CALLE 18,

ocurrida desde el 5 de agosto de 2019, y de haberse visto forzadas a afrontar los derechos de petición que les presentaron dichos fideicomitentes, así como a dirigir un escrito de reclamación a ALIANZA FIDUCIARIA (carta del 5 de agosto de 2020), y a objetar los informes de rendición de cuentas de esa entidad, ante el evidente fracaso del proyecto, que ya era un hecho consumado, pero que venía avanzando día a día desde mucho tiempo atrás, sin que las convocadas lo advirtieran, y que razonablemente habría podido evitarse o mitigarse si las convocadas hubieran cumplido con la debida diligencia sus respectivas funciones relacionadas con la vigilancia, supervisión y seguimiento del Proyecto, que se derivaba de la obligación de administrar en forma acorde con la finalidad del contrato de Fiducia de Inversión, en los términos comercialmente promovidos ante los inversionistas fideicomitentes y beneficiarios, y reflejados en el texto del contrato celebrado.

Esta gestión tardía de las sociedades convocadas de analizar a profundidad las condiciones anómalas en que se venía desarrollando el Proyecto y las causas que condujeron a su fracaso, confirma que tales sociedades sí estaban facultadas para solicitar la información que requirieron en ese momento, y para analizar el desarrollo del Proyecto; pero es claro que sólo lo hicieron cuando ya éste no era susceptible de ser rescatado.

Del análisis de la prueba arrimada al proceso, para el Tribunal resulta evidente que la falta de vigilancia, supervisión y seguimiento del desarrollo del Proyecto en que incurrieron ambas convocadas constituye, sin duda, un claro incumplimiento de esa obligación de administrar que contrajeron en virtud de la celebración del Contrato de Fiducia de Inversión, omisiones que, según se analiza en otros apartes de este Laudo, constituyen una causa adecuada de las pérdidas que se produjeron en dicho Proyecto y de la frustración final del mismo, y de los consecuentes daños sufridos por los inversionistas fideicomitentes y beneficiarios, todo lo cual se habría podido evitar si esa obligación hubiera sido cumplida con el debido cuidado por ellas.

3.4.3 Valoración de la culpa

El Art. 1243 del C.Co. dispone que “el fiduciario responderá hasta la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”. A su vez, en la Sección 12.3 del Contrato de Fiducia de Inversión se estipuló que “las obligaciones de gestión de la Fiduciaria derivadas del presente Contrato son de medio y no de resultado, y en cumplimiento de ello responderá hasta de la culpa leve, según la definición que trae el artículo 63 del Código Civil Colombiano”. Con base en esta estipulación contractual y en el principio legal que

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

ella recoge, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. responde hasta la culpa leve en su calidad de Fiduciaria del Contrato de Fiducia de Inversión celebrado.

En relación con BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., nada se estipuló al respecto en el Contrato de Fiducia, pero esa compañía también está llamada a responder hasta la culpa leve, en virtud de la disposición supletiva contenida en el Art. 1604 del Código Civil, conforme a la cual *“el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”*.

Es claro, además, que las obligaciones contraídas por BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. derivadas del Contrato de Fiducia de Inversión son de medio y no de resultado, porque así se estipuló en la citada Sección 12.3 del mismo, con sujeción a la disposición imperativa contenida en el numeral 3. del Art. 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, conforme al cual *“los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley”*.

El Tribunal entiende que las obligaciones contraídas por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. también son de medio y no de resultado, por razón del contenido y alcance de las mismas, y porque, finalmente, esa sociedad se vinculó al Contrato para sumarse o apoyar a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como administradora del Patrimonio Autónomo, asumiendo con ésta obligaciones de medio a cargo de dicha compañía, según se ha analizado, y así se le hayan encomendado también algunas funciones operativas previstas de una manera muy específica, funciones que de todos modos se enmarcan en la categoría de obligaciones de medio, abstracción hecha de si debe o no distinguirse entre las obligaciones principales o de gestión, como obligaciones de medio, entre las cuales se encuentra la administración de los bienes y su adecuada inversión, y deberes instrumentales y complementarios como el de rendición de cuentas, que son de resultado, diferenciación que ha sido puesta de relieve en la doctrina nacional, al señalar que:

“De hecho en los negocios fiduciarios, en general, hay obligaciones instrumentales y accesorias que son claramente de resultado, como las derivadas del artículo 1234 del Código de Comercio que señalan a cargo del fiduciario tareas puntuales tan concretas como la informar, rendir cuentas o

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

hacer inventario para poner tres ejemplos. Nadie concibiría (sic) allí que la obligación asumida fuera de medio.

Pero el problema es más importante y de fondo, en nuestra opinión, ya no como obligaciones accesorias o instrumentales, sino como principales y fundamentales, es posible que el fiduciario asuma claros compromisos de resultado en numerosas hipótesis”²⁶.

Según se ha expuesto en otras secciones de este Laudo, no obstante haberse presentado algunos cuestionamientos doctrinales en torno a la clasificación de las obligaciones de resultado y las de medio, y acerca de lo que esa distinción implica, la corriente más generalizada sostiene que de no lograrse el resultado previsto por las partes en las obligaciones de resultado, se presume la culpa del deudor, en tanto que en las de medio, si tal resultado no se da, el acreedor que alega el incumplimiento del deudor debe demostrar que éste no cumplió las prestaciones de medio a las cuales estaba obligado, o que lo hizo, pero sin el grado de diligencia que estaba obligado a observar. Es decir, que el deudor incurrió en una especie de culpa de la cual debía responder, conforme a lo estipulado en el contrato o, a falta de estipulación, con base en la disposición legal supletiva que regula la materia (Art. 1604 C.C.).

En estos términos, con base en el análisis llevado a cabo en esta providencia acerca de los hechos que sustentan la Primera de las Segundas Pretensiones Subsidiarias del convocante, así como de las pruebas que obran en el proceso, el Tribunal estima que BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., convocadas en este litigio, dejaron de cumplir la obligación de administrar que implicaba la vigilancia a su cargo, obligación surgida de la celebración del Contrato de Fiducia de Inversión.

En vista de que ambas sociedades deben responder de la omisión en la que han incurrido en relación con las obligaciones de medio que contrajeron en virtud de la celebración del Contrato de Fiducia de Inversión, pero siempre y cuando dicha omisión se haya producido por dolo, o por culpa grave, o por culpa leve (pero no por culpa levísima, de la cual no estaría llamada a responder ninguna de las dos convocadas), el Tribunal, como fallador en este litigio, debe valorar el tipo de culpa en que incurrió cada

²⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. La responsabilidad del fiduciario. La convención de la Haya sobre el Trust – el proyecto de Ley francesa sobre fiducia. Dike. Primera edición 1997. Medellín. Pág. 23.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

una de esas dos sociedades, aplicando, para el efecto, las definiciones de esos conceptos que trae el Art. 63 del Código Civil.

Dicho artículo, con base en el cual debe el Tribunal hacer la valoración anotada, dispone:

Art. 63. – La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Al confrontar el Tribunal las definiciones de dolo, culpa grave, culpa leve y culpa levísima que trae la norma transcrita, con las conductas omisivas en que incurrieron las convocadas, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., en relación con la obligación de administrar que implicaba la vigilancia, supervisión y seguimiento del desarrollo del Proyecto que constituía la finalidad perseguida por las partes en el contrato, concluye, con base en las pruebas aportadas al proceso, que de las mismas no surge ningún elemento que permita imputar dolo a ninguna de esas compañías, con lo cual pasa el Tribunal a analizar si las omisiones en que incurrió cada una de ellas se deben a culpa grave, o leve o levísima.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Para el análisis del tema considera el Tribunal que el carácter profesional de ambas convocadas en el manejo de inversiones en el ámbito de los negocios, una de ellas una sociedad fiduciaria vigilada por el Estado y con objeto social especializado, debe ser tenido en cuenta para emitir un juicio de valor acerca del tipo de culpa en el cual incurrieron.

Ahora bien: aunque las convocadas incurrieron en una serie de omisiones muy representativas, el Tribunal estima que no puede calificarlas como un comportamiento constitutivo de culpa grave, reconociendo que existe un atenuante en el comportamiento de ambas compañías, consistente en haber asumido ellas, aunque equivocadamente, que la estructura de los tres fideicomisos mediante los cuales se configuró el negocio implicaba que la entidad fiduciaria encargada de la administración del Fideicomiso Subyacente, así como del Fideicomiso Inmobiliario, constituidos también para el desarrollo del Proyecto, contaba con un equipo profesional directamente encargado de vigilar las cifras y gestiones propias de ese desarrollo inmobiliario.

La confianza en la circunstancia indicada no logra, ciertamente, exculpar a ninguna de las convocadas por haber omitido el cumplimiento de su obligación de administrar en lo referente a la vigilancia o supervisión del desarrollo del Proyecto, que correspondía a las dos, pero el Tribunal considera que sí debe ser tenida en cuenta para abstenerse de imputar a ambas compañías una culpa grave, optando así por calificar la presencia de una culpa leve en sus conductas omisivas, culpa de la cual, en todo caso, están llamadas a responder ambas sociedades, según el análisis que antes se ha hecho sobre la materia.

3.4.4 Forma de responder las convocadas ante el convocante

En la Segunda de las Segundas Pretensiones Subsidiarias de la demanda se solicita al Tribunal que, como consecuencia de la declaración de incumplimiento del Contrato de Fiducia de Inversión pedida en la Primera de dichas Pretensiones, que se formula contra BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., esas compañías sean condenadas a pagar solidariamente al convocante los perjuicios que luego se especifican en dicha pretensión Segunda.

Las convocadas han sostenido en su defensa que no son responsables del incumplimiento contractual que se les imputa, y que, de todos modos, de serlo, en

ningún caso estarían llamadas a responder solidariamente por el pago de los supuestos perjuicios que de ellas pretende el convocante.

Al haber concluido el Tribunal que las convocadas, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., incurrieron en el incumplimiento de la obligación contractual de administrar que implicaba la vigilancia y que asumieron en virtud de la celebración del Contrato de Fiducia de Inversión al cual se viene haciendo referencia, por ser administradoras del Patrimonio Autónomo DERECHOS BOHO MARKET CALLE 18, es preciso definir si tales compañías deben responder por el pago de los perjuicios que se liquiden a su cargo y a favor del demandante, como deudoras simplemente conjuntas, o si, por el contrario, quedarán obligadas a dicho pago como deudoras solidarias, caso en el cual el acreedor quedaría facultado para cobrar a cualquiera de las dos el valor total de tales perjuicios.

3.4.4.1 Obligación solidaria

Bien conocido es que, en virtud del inciso primero del artículo 822 del Código de Comercio, *“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”*.

Se traza de este modo el camino a seguir para determinar, en primer lugar, el marco general del Código Civil, aplicable en esta materia, dada la especialidad de la ley mercantil respecto de dicho derecho común, al cual remite el inciso citado, dejando a salvo las normas especiales mercantiles en forma armónica con la aplicación preferente de la legislación comercial respecto de la legislación civil en los asuntos mercantiles, consagrada en los artículo 1o. y 2o. del Código de Comercio, así como a la preferencia de las estipulaciones contractuales sobre las normas legales supletivas consagrada en el artículo 4o. de ese mismo Código.

El Tribunal entra a analizar esta cuestión en los siguientes términos:

- El Art. 1581 del Código Civil distingue las obligaciones divisibles e indivisibles como sigue:

Art. 1581. – La obligación es divisible o indivisible según tenga o no tenga por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Así, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito, o la de hacer construir una casa, son indivisibles; la de pagar una suma de dinero, divisible.

- El Art. 1584 de ese mismo Código dispone, en relación con las obligaciones indivisibles:

Art. 1584. – Cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en todo, aunque no se haya estipulado la solidaridad, y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene igualmente derecho a exigir el total.

También se debe tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 1568 y 1569 del Código Civil, en los siguientes términos:

Art. 1568. – En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.

Art. 1569. – La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros.

La solidaridad, que puede ser activa o pasiva, requiere de una pluralidad de sujetos en la obligación, como acreedores en el primer caso, como deudores en el segundo. Y como señala el artículo 1568 transcrito, puede originarse en la convención, en el testamento o en la ley.

Para la doctrina, “Dos son las características fundamentales de las obligaciones solidarias, identificadas desde el derecho romano, de las cuales se derivan- como en el caso de las conjuntas- sus distintos efectos: unidad de objeto y pluralidad de vínculos”²⁷.

De la unidad de objeto trata el artículo 1569 del Código Civil, cuando refiere que la cosa que se deba sea una misma, pero se ha de entender que el ordenamiento no alude sólo a cuerpos ciertos, sino que tal expresión comprende el contenido de la obligación, así ésta recaiga sobre varias cosas, acciones u omisiones.

Dada la preferencia de las normas comerciales en los asuntos mercantiles, como lo es un contrato de fiducia de inversión, importa subrayar que conforme al artículo 825 del Código de Comercio, “*En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente*”. Y en este caso es el contrato de Fiducia de Inversión el negocio mercantil que sirve de fuente de la responsabilidad contractual a cargo de las convocadas.

3.4.4.2 La solidaridad en el asunto del proceso

En el inciso primero del artículo 1568 del Código Civil que se ha transcrito, se hace referencia a la regla general de la obligación de una cosa divisible, para pasar en el segundo inciso a precisar que, como ocurre en este caso, con base en la convención, es decir, en el contrato, puede exigirse a cada uno de los deudores el total de la deuda, abstracción hecha de si la misma es divisible o indivisible, asunto en el cual son conocidas las diferencias doctrinales existentes, que no son relevantes en este caso dada la finalidad del contrato de Fiducia de Inversión. Ello porque lo que se le demanda a BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. es haber incumplido una labor propia, sí, pero que tenía que ejecutar para complementar o apoyar la gestión administrativa de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.; y por lo que se demanda a dicha fiduciaria es por un incumplimiento de la obligación de administrar a su cargo, y para la cual en el contrato de Fiducia de Inversión se incluyó el referido apoyo o complemento.

Ambos incumplimientos de la obligación de administrar no conducen a una división de responsabilidad, sino a la responsabilidad solidaria de las convocadas, que no desvirtuaron la presunción legal establecida en forma expresa y especial en materia mercantil en el ya citado artículo 825 del Código de Comercio. En efecto, al insistir en que cada una tenía un vínculo con un objeto prestacional propio, no se desvirtuó que

²⁷ JORGE CUBIDES CAMACHO. Obligaciones. Reimpresión de 5ª edición. Bogotá: PUJ, 2007, pág. 68.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

las funciones específicas a cargo de cada una eran medios concurrentes para cumplir la obligación de administrar el patrimonio autónomo de la Fiducia de Inversión, en forma acorde con la finalidad del contrato, así como en los términos comerciales planteados durante la etapa precontractual del mismo.

Es claro entonces que a la obligación de administrar que implicaba vigilancia que contrajeron las sociedades BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., al asumirla en los términos previstos en el Contrato de Fiducia de Inversión, no estorba la posibilidad de que la finalidad del contrato y su objeto se atendieran mediante la ejecución de funciones o prestaciones distintas, de las cuales se ocupara cada convocada de forma separada, aunque concurrente o convergente.

En efecto, la obligación esencial e indelegable de administrar el patrimonio autónomo a cargo de la fiduciaria, implicaba en este caso vigilar, supervisar y hacer seguimiento al desarrollo del Proyecto. Y en este caso a través de una cláusula accidental ya examinada, se incluyó la figura del Administrador Designado con unas funciones específicas, que tenían por objeto una serie de conductas que no admiten división ni fraccionamiento alguno: no se podría afirmar, por ejemplo, que la obligación de administrar sí fue cumplida, pero apenas parcialmente, porque se desplegó una cierta vigilancia, pero incompleta e insuficiente para el logro de sus objetivos. Y si ello fuera así, en definitiva, sólo sería posible sostener, simplemente, que la obligación fue incumplida, pues la vigilancia parcial e incompleta que se intentó no era suficiente para cumplir dicha obligación.

Ahora bien: cuando una obligación indivisible existente a cargo de varios deudores es incumplida, la obligación de pagar los perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento, como se apuntó con antelación, es una obligación divisible, por recaer sobre la prestación de pagar una suma de dinero, que admite división. No obstante, cuando la de pagar la indemnización es una obligación surgida del incumplimiento de una obligación pactada en un negocio mercantil, por presumirse la solidaridad pasiva, la solidaridad puede predicarse de dicha obligación de indemnizar, como lo ha precisado la doctrina²⁸.

²⁸ En la ejecución solidaria, enseña Hinestrosa, la prestación íntegra puede ejecutarla cualquiera de los deudores o cumplirla cualquiera que escoja el acreedor, “si hay lugar a ejecución forzosa; **e igual cuando la obligación indivisible es, además solidaria, al convertirse en deber de pagar el subrogado pecuniario**” (negrilla ajena al texto), FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 331.

En el caso *sub judice*, ello significa que las convocadas BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. eran codeudoras de una misma obligación de administrar que implicaba la vigilancia y supervisión, que fue incumplida por ambas, surgiendo así la obligación consistente en pagar al convocante el valor de los perjuicios demostrados en el proceso, obligación que, sin duda, es de carácter mercantil, al provenir del incumplimiento del Contrato de Fiducia de Inversión celebrado, cuya naturaleza es mercantil. Y dado el carácter comercial de tal obligación, ésta es solidaria, y la fuente de tal solidaridad es la ley, y específicamente el artículo 825 del Código de Comercio atrás invocado.

Con base en el mismo razonamiento, se concluye que el incumplimiento de su obligación de administrar que implicaba la vigilancia, supervisión y seguimiento del desarrollo del Proyecto por parte de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. la hace responsable de la totalidad del perjuicio causado al convocante como consecuencia de tal incumplimiento, sin que esa compañía pueda escudarse, para eludir total o parcialmente esa responsabilidad, en que BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. tampoco cumplió con la misma obligación, que también tenía a su cargo.

A su vez, el incumplimiento de tal obligación por parte de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. hace responsable a esta última compañía de la totalidad de dicho perjuicio, como causante del mismo, por razón de dicho incumplimiento, y sin que se pueda escudar, para eludir total o parcialmente su responsabilidad, en que BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. tampoco cumplió con la misma obligación, que también tenía a su cargo.

3.4.4.3 El daño alegado por el convocante

Teniendo en cuenta que, con base en todo lo ya expuesto, el Tribunal ha concluido que las convocadas incumplieron el contrato de Fiducia de Inversión, y que en consecuencia prosperará la PRIMER (sic) pretensión del grupo de pretensiones ‘SEGUNDAS SUBSIDIARIAS’, se procede a continuación al análisis de la SEGUNDA pretensión del grupo de pretensiones ‘SEGUNDAS SUBSIDIARIAS’, a saber:

“SEGUNDA: Solicito que, como consecuencia de la anterior declaración, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA, y, solidariamente, a la sociedad BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. en calidad de Administrador Designado, se sirvan cancelar a mi poderdante, o siguiente, a título de perjuicios por incumplimiento contractual:

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

1. **Por concepto de daño emergente:** el valor total de MIL CUATRO MILLONES DE PESOS (1.004.000.000) representado en las erogaciones de dinero entregados a un tercero por instrucción del Administrador Designado.
2. **Por concepto de lucro cesante:** los intereses moratorios liquidados sobre el capital desembolsado de MIL CUATRO MILLONES DE PESOS (1.004.000.000), a la tasa máxima legal moratoria permitida desde la fecha del desembolso hasta la fecha de la cancelación efectiva de la obligación, según lo indica el artículo 1616 del Código Civil.
3. **Por concepto de costas y gastos procesales:** tasados como se establece en los artículos 361 y 265 del Código General del Proceso.”

Al respecto, el Tribunal recuerda que los presupuestos de la responsabilidad civil contractual, ámbito dentro del cual corresponde analizar la pretensión transcrita, son los siguientes²⁹:

- (i) la preexistencia de un vínculo jurídico singular y concreto del que surgen obligaciones para las partes involucradas, en este caso, el contrato de Fiducia de Inversión;
- (ii) el incumplimiento total o parcial, el incumplimiento defectuoso o el retardo en la ejecución de una o varias de dichas obligaciones, y en este caso el Tribunal ya ha concluido la existencia del incumplimiento por parte de las convocadas;
- (iii) un daño o perjuicio padecido por el acreedor (el convocante);
- (iv) un factor de atribución, por regla general subjetivo (la culpa); en este caso el Tribunal concluyó que las convocadas obraron con culpa o negligentemente en la ejecución del contrato de Fiducia de Inversión;
- (v) una relación o nexo de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño sufrido por el acreedor; y
- (vi), finalmente, la mora del deudor.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de marzo de 2013. Exp. No. 4700131030052006-00045-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. “La configuración de la responsabilidad contractual presupone la concurrencia de los elementos siguientes: a.-) el incumplimiento de una obligación preexistente; b.-) el daño sufrido por el acreedor; c.-) un factor de atribución de la responsabilidad, por regla general la culpa; d.-) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño; e.-) la mora del deudor (artículo 1615 del Código Civil).” Ver también: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de junio de 2019. SC2142-2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

Así las cosas, se establecerá si en el presente proceso arbitral están probados o no los daños o perjuicios que alega el convocante; segundo, se verificará si las convocadas han sido constituidas en mora; y tercero, examinará si existe una relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento de las convocadas y los daños probados en este proceso.

3.4.4.3.1 Análisis del daño emergente alegado por el convocante

El convocante en su demanda solicita que se declare que ha sufrido un daño emergente por un valor de mil cuatro millones de pesos (COP \$1.004.000.000) y se limita a afirmar que tal cifra corresponde a las “*erogaciones de dinero entregadas*” o al “*capital*”.

Al respecto, el Tribunal no encuentra ni en los hechos, ni en el juramento estimatorio, ni en las pruebas documentales aportadas por el convocante, una explicación razonable y suficiente por parte de éste del por qué el daño emergente que sufrió asciende a tal valor. Adicionalmente, se advierte que en el acápite de pruebas de la demanda y en el memorial mediante el cual el convocante se pronunció sobre las excepciones de mérito presentadas por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., manifestó que parte del objeto de los dictámenes periciales “*de índole contable y financiero y de índoles en gerencia de proyectos inmobiliarios*” que iba a presentar en este proceso, consistiría en demostrar “*la cuantificación de la indemnización de perjuicios lucro cesante y daño emergente a su favor*”³⁰.

Sin embargo, al revisar los dos dictámenes aportados por el convocante, esto es, el emitido por CREARCIMIENTOS PROPIEDAD RAIZ S.A.S. y el de RSM Assurance & Audit S.A., en ninguno de ellos se observa que su objeto cobije la cuantificación o estimación de los daños o de la indemnización³¹, ni siquiera en su contenido se mencionan las palabras ‘daño’, ‘perjuicio’ o ‘indemnización’.

Ahora bien, al estudiar las demás pruebas que obran en el expediente, en relación con el daño emergente que el actor asegura haber sufrido, así como con su cuantía, el

³⁰ Demanda página 30 y Memorial página 29.

³¹ Descripción del objeto u objetivos de los dictámenes: (i) dictamen de CREARCIMIENTOS, págs. 7 a 9; (ii) dictamen de RSM, pág. 11.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Tribunal destaca una comunicación del 5 de agosto de 2020 que fue elaborada y suscrita por las convocadas, y que tenía como destinatario a Alianza Fiduciaria³².

En esta comunicación las convocadas manifestaron lo siguiente:

“En estas circunstancias y como consecuencia de los incumplimientos contractuales e inacción de Alianza, el Proyecto se hizo inviable y se tienen obligaciones insolutas del Fideicomiso con Bancolombia S.A., situación que implica a la fecha la pérdida total de valor económico de los derechos fiduciarios de los cuales es titular el PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET. Por lo tanto, mediante la presente comunicación solicitamos a Alianza honrar su responsabilidad profesional, contractual y legal por el incumplimiento de sus obligaciones, y resarcir el daño patrimonial causado al PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET en su calidad de Fideicomitente del FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18, el cual asciende a la suma de cuatro mil ochocientos millones de pesos M/L (COP 4.800.000.000), correspondiente al valor de los aportes en dinero hechos al FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18, y el lucro cesante de esta suma. Para lo cual, BTG Pactual Sociedad Fiduciaria S.A. y BTG Pactual Reincome S.A.S., se encuentran en plena disposición para analizar fórmulas que permitan reparar los perjuicios ocasionados, y precaver la iniciación de acciones legales.” (Se resalta)

Para el panel arbitral es claro que en este segmento de la comunicación del 5 de agosto de 2020 que se ha transcrito, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en su calidad de profesional fiduciario y de vocera del patrimonio autónomo derivado de la Fiducia de Inversión, y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., en su calidad de “tercero especializado” y Administrador Designado de la Fiducia de Inversión, afirman, reconocen y aceptan que el proyecto “BOHO MARKET CALLE 18” se hizo inviable o fallido y que el patrimonio autónomo correspondiente a la Fiducia de Inversión sufrió un daño patrimonial por un valor de cuatro mil ochocientos millones de pesos (COP \$4.800.000.000). Por supuesto que esta comunicación no es tomada por el Tribunal como una aceptación de incumplimiento por parte de las convocadas, asunto éste sobre el cual el Tribunal arribó a la conclusión arriba expuesta.

³² Contestación de la demanda de BTG Re Income, prueba documental aportada No. 3.30 y Contestación de la demanda de BTG Fiduciaria, prueba documental aportada No. 1.26.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

No abriga duda el Tribunal de que ese daño patrimonial sufrido por el patrimonio autónomo derivado de la Fiducia de Inversión y que, se realiza, fue cuantificado y determinado por las propias convocadas, implica a su vez un daño cierto, personal y directo para los inversionistas fideicomitentes y beneficiarios de la Fiducia de Inversión, pues son ellos, de acuerdo con el porcentaje de participación en los derechos fiduciarios que tenga cada uno respecto de la Fiducia de Inversión, quienes soportan o sufren un daño patrimonial derivado del detrimento del patrimonio autónomo de la Fiducia de Inversión.

En este sentido, encuentran los árbitros, a partir de los documentos de “Rendición de Cuentas” que BTG Fiduciaria le remitía periódicamente al convocante³³, que el porcentaje de participación de éste en los derechos fiduciarios del patrimonio autónomo de la Fiducia de Inversión correspondía al dieciséis punto treinta y tres por ciento (16.33%), porcentaje que no fue objetado por el convocante ni por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

Por consiguiente, y con base en las pruebas analizadas que obran en el expediente, el Tribunal concluye que está demostrado un daño emergente sufrido por el convocante por la suma de setecientos ochenta y tres millones ochocientos cuarenta mil pesos (COP \$783.840.000), monto que resulta de calcular a cuánto equivale el 16.33% del daño patrimonial total padecido por el patrimonio autónomo de la Fiducia de Inversión, esto es, cuatro mil ochocientos millones de pesos (COP \$4.800.000.000), suma que fue determinada precisamente por las convocadas.

3.4.4.3.2 Análisis del lucro cesante alegado por el convocante y de la constitución en mora de las convocadas

En primer lugar, sobre la solicitud planteada por el convocante en su demanda consistente en que se declare que ha sufrido un lucro cesante correspondiente a los intereses moratorios de un capital de mil cuatro millones de pesos (COP \$1.004.000.000), el Tribunal no descubre ni en los hechos, ni en el juramento estimatorio, ni en las pruebas documentales y periciales aportadas por el convocante, una explicación razonable del por qué el lucro cesante que sufrió éste debe

³³ (i) Rendición de Cuentas, Fecha de Corte 31/12/2018 (Contestación de la demanda de BTG Fiduciaria, prueba documental aportada No. 1.16); (ii) Rendición de Cuentas, Fecha de Corte 30/06/2019 (Contestación de la demanda de BTG Fiduciaria, prueba documental aportada No. 1.17); (iii) Rendición de Cuentas, Fecha de Corte 31/12/2019 (Contestación de la demanda de BTG Fiduciaria, prueba documental aportada No. 1.18); y (iv) Rendición de Cuentas, Fecha de Corte 30/06/2020 (Contestación de la demanda de BTG Fiduciaria, prueba documental aportada No. 1.19)

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

corresponder a los intereses moratorios de la referida cifra de mil cuatro millones de pesos (COP \$1.004.000.000).

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1615 del Código Civil, “*Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora*”, y dicha indemnización en materia de daños o perjuicios patrimoniales comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante³⁴.

Por tanto, y en consideración al daño emergente sufrido por el convocante y que está demostrado en este proceso arbitral, el cual asciende a la cantidad de setecientos ochenta y tres millones ochocientos cuarenta mil pesos (COP \$783.840.000), el Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el referido artículo 1615 y en el artículo 884 del Código de Comercio³⁵, estima procedente reconocer a título de lucro cesante los intereses moratorios que se han causado respecto del valor del daño emergente probado en este proceso, desde la fecha en que las convocadas fueron constituidas en mora³⁶, es decir, desde que se notificó el Auto No. 4 admisorio de la demanda el 6 de noviembre de 2020, de conformidad con el siguiente cuadro:

LIQUIDACIÓN DE INTERESES MORATORIOS					
Vigencia		Brio. Cte.	Tasa Mensual		
Desde	Hasta	Efec. Anual	Aplicable	Capital liquidable	Intereses
6-nov-20	30-nov-20	17,84%	1,996%	\$ 783.840.000	\$ 13.035.897
1-dic-20	31-dic-20	17,46%	1,957%	\$ 783.840.000	\$ 15.342.871

³⁴ Código Civil, artículo 1613 “*La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.*”

³⁵ Código de Comercio, artículo 884 “*Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.*”

³⁶ Código Civil, artículo 1608 “*El deudor está en mora: 1) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora; 2) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; 3) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor*” (se resalta). Adicionalmente, el Código General de Proceso, inciso segundo del artículo 94 “*La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.*” (se resalta).

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

1-ene-21	31-ene-21	17,32%	1,943%	\$ 783.840.000	\$ 15.231.956
1-feb-21	28-feb-21	17,54%	1,965%	\$ 783.840.000	\$ 15.406.175
1-mar-21	31-mar-21	17,41%	1,952%	\$ 783.840.000	\$ 15.303.278
1-abr-21	30-abr-21	17,31%	1,942%	\$ 783.840.000	\$ 15.224.027
1-may-21	31-may-21	17,22%	1,933%	\$ 783.840.000	\$ 15.152.627
1-jun-21	30-jun-21	17,21%	1,932%	\$ 783.840.000	\$ 15.144.690
1-jul-21	31-jul-21	17,18%	1,929%	\$ 783.840.000	\$ 15.120.871
1-ago-21	31-ago-21	17,24%	1,935%	\$ 783.840.000	\$ 15.168.500
1-sep-21	30-sep-21	17,19%	1,930%	\$ 783.840.000	\$ 15.128.812
1-oct-21	31-oct-21	17,08%	1,919%	\$ 783.840.000	\$ 15.041.421
1-nov-21	30-nov-21	17,27%	1,938%	\$ 783.840.000	\$ 15.192.302
1-dic-21	31-dic-21	17,46%	1,957%	\$ 783.840.000	\$ 15.342.871
1-ene-22	31-ene-22	17,66%	1,978%	\$ 783.840.000	\$15.501.028
1-feb-22	4-feb-22	18,30%	2,042%	\$ 783.840.000	\$2.133.977
				Resultados	\$ 783.840.000
				SALDO DE CAPITAL	\$783.840.000
				SALDO DE INTERESES	\$228.471.304
				TOTAL CAPITAL MÁS INTERESES ADEUDADOS	\$1.012.311.304

En consecuencia, el valor total de los daños patrimoniales sufridos por el convocante asciende a la suma de MIL DOCE MILLONES TRESCIENTOS ONCE MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS (\$1.012.311.304), la cual resulta de sumar los valores correspondientes a daño emergente y lucro cesante.

3.4.4.3.3 Análisis de la relación de causalidad como presupuesto para declarar la responsabilidad civil

En el contexto de la responsabilidad civil contractual, la relación o nexo de causalidad adecuada debe verificarse entre el incumplimiento del deudor, en este caso las convocadas, y el daño probado sufrido por el acreedor, en este caso el convocante. Es decir, el daño probado es consecuencia o resultado del incumplimiento del deudor, a la luz de un contrato cuya existencia y validez ya fue examinada por el Tribunal en otro capítulo del Laudo, así como su relación con el contrato de Fiducia Subyacente.

La causalidad adecuada es acogida actualmente por la jurisprudencia nacional, y fue formulada, no de paso, sino de *“una manera sistemática”* y *“de modo amplio y*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

coherente” como lo señala la doctrina nacional³⁷, y respecto de ella, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

“...el fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo la da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino del artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son ‘consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento’, por lo demás en el sentido del artículo 2341 ibid., el que da la pauta junto al anterior precepto para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un ‘delito o culpa’ -es decir, de acto doloso o culposo- hace responsable a ese autor en la medida en que ‘ha inferido’ daño a otro.

...de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquel que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica razonable) sea el más adecuado, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño, y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo... En fin, como se ve, la gran elasticidad del esquema conceptual anotado permite al investigador una conveniente amplitud de movimiento. Pero ese criterio de adecuación se lo acompañó de un elemento subjetivo que le valió por parte de un sector de la doctrina críticas a la teoría en su concepción clásica (entonces y ahora conocida como de la causalidad adecuada), cual es el de la previsibilidad, ya objetiva o subjetivamente considerada. Más, dejando de lado esas honduras, toda vez que su entronque con la culpa como elemento subjetivo es evidente..., el criterio que se expone y que la Corte acoge, da a entender que en la indagación que se haga -obviamente luego de ocurrido el daño...- debe realizarse una prognosis que de cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de

³⁷ Santos Ballesteros, Jorge. Responsabilidad civil, Tomo I. Parte general. Editorial Temis. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. 2012.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyen aquellos antecedentes que sólo coadyuvan al resultado, pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquel o aquellos que tienen esa aptitud”³⁸.

En ese orden de ideas, en este proceso arbitral se ha demostrado: (i) que las convocadas incumplieron el contrato de Fiducia de Inversión, y específicamente su obligación contractual de administrar que implicaba la vigilancia o supervisión respecto del desarrollo y avance del Proyecto en el marco de la ejecución de la Fiducia Subyacente; y (ii) que el convocante sufrió daños patrimoniales derivados de la situación de inviabilidad a la que llegó el Proyecto y del daño patrimonial que sufrió el patrimonio autónomo derivado de la Fiducia de Inversión.

Al respecto, reitera el Tribunal que la obligación de administrar incumplida por las convocadas implicaba la vigilancia y supervisión sustantivas o sustanciales respecto del desarrollo del Proyecto y la ejecución del contrato de Fiducia Subyacente, y que las convocadas contaban cada una con facultades o mecanismos contractuales para realizar tales actividades de administración.

Por otra parte, resalta el Tribunal los siguientes hechos probados en este proceso, que evidencian las falencias, problemas o irregularidades que se presentaron durante el desarrollo del Proyecto y que no fueron oportunamente advertidos por las convocadas como consecuencia del incumplimiento contractual en que incurrieron, a saber:

- El poco o insignificante avance que tenía la construcción de la edificación que hacía parte del desarrollo del Proyecto; y se resalta el hecho de que en los “Informes de Actualización” de febrero, junio y agosto de 2019 que BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. preparó y le envió a los inversionistas fideicomitentes, entre ellos el convocante, la información relativa a los “Avances de contrataciones y anticipos”, al “Cronograma del Proyecto” y a las “Imágenes Avance Construcción”, fue exactamente la misma, como si el Proyecto hubiera estado totalmente paralizado durante los meses transcurridos entre estos informes. Para el Tribunal ello es una prueba clara del incumplimiento de las funciones de las convocadas y de su inexcusable estado de desinformación sobre el estado del Proyecto, pues ni siquiera

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 26 de septiembre de 2002. Expediente 6878. Citada en extenso por el profesor Santos.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

advertían que estaban presentado información idéntica a la entregada en meses anteriores como supuestos avances del Proyecto.

- Los múltiples y significativos recursos que fueron girados o pagados como “anticipos” con cargo al patrimonio autónomo de la Fiducia Subyacente y que no fueron legalizados en un término de tiempo razonable, ello abstracción hecha de la discusión que afloró a partir de los dictámenes periciales aportados en este proceso acerca de si se trataba de pagos respecto de los que se podía esperar razonablemente que correspondían a costos directos o indirectos del desarrollo del Proyecto³⁹.
- Por último y especialmente, al revisar el contenido de los dictámenes periciales aportados por las Partes, el Tribunal encuentra que con cargo al patrimonio autónomo de la Fiducia Subyacente fueron girados recursos a terceros que resultaban al menos inquietantes en cuanto a su relación de causalidad o necesidad para el desarrollo del Proyecto; y resalta aquí el Tribunal el giro o pago realizado el 6 de junio de 2018 al FIDEICOMISO BOHO MARKET USAQUEN por el valor de cuatrocientos veinticinco millones de pesos (COP \$425.000.000)⁴⁰, respecto del que era evidente que no tenía ninguna relación con el Proyecto objeto de la Fiducia Subyacente, pues se trataba de un proyecto distinto, y no obstante que su cuantía equivalía a casi al diez por ciento (10%) del monto de los recursos transferidos por el patrimonio autónomo de la Fiducia de Inversión al patrimonio autónomo de la Fiducia Subyacente.

Así las cosas, para el Tribunal es claro que los daños patrimoniales probados que sufrió el convocante son imputables jurídicamente a las convocadas, pues el incumplimiento de la obligación de administrar que implicaba la vigilancia o supervisión del Proyecto fue causa adecuada, desde la perspectiva jurídica, para la situación de inviabilidad del Proyecto, del daño patrimonial padecido por el patrimonio autónomo de la Fiducia de Inversión –el cual fue determinado y cuantificado por las convocadas–, y de los consecuentes daños patrimoniales sufridos por el convocante en su calidad de inversionista fideicomitente y beneficiario de la Fiducia de Inversión. En otras palabras, del incumplimiento contractual de las convocadas, era previsible el resultado que

³⁹ Dictamen pericial de CREARCIMIENTOS PROPIEDAD RAIZ S.A.S y dictamen de contradicción de Deloitte Asesores y Consultores Ltda.

⁴⁰ Dictamen pericial de CREARCIMIENTOS PROPIEDAD RAIZ S.A.S, páginas 31 y 33.

ocurrió, esto es, la generación de daños patrimoniales al patrimonio autónomo de la Fiducia de Inversión y, por su puesto, a sus fideicomitentes y beneficiarios.

3.4.4.3.4 Conclusión sobre la responsabilidad civil contractual de las convocadas

Con fundamento en todo lo anterior, el Tribunal ha verificado la existencia concurrente de los elementos o presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad civil contractual de las convocadas frente al convocante, y éstas deberán pagarle al convocante la indemnización de los perjuicios por un valor total de MIL DOCE MILLONES TRESCIENTOS ONCE MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS (\$1.012.311.304)

4. De las excepciones de mérito propuestas por las convocadas

Tanto BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. propusieron excepciones de fondo, cuyo estudio encara el Tribunal, en el marco de los artículos 280 y 282 del Código General del Proceso, por cuya virtud, según el primero, el juez ha de decidir las excepciones “*cuando proceda resolver sobre ellas*” y, conforme al segundo, debiendo declarar oficiosamente toda excepción diferente a las de prescripción, nulidad relativa y compensación, si los hechos que la sustenten se hallan demostrados en el proceso.

Esta antesala se trae al examen con el fin de precisar que por no haberse reunido los presupuestos necesarios para despachar favorablemente la pretensión principal de inexistencia del contrato de cesión de derechos fiduciarios y la subsidiaria de nulidad absoluta del mismo negocio jurídico, no hace falta ocuparse de las excepciones denominadas “*Existencia, validez y eficacia de la cesión de derechos fiduciarios celebrada entre BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., en calidad de cedente, y JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ, en calidad de cesionario*” y “*Buena fe y doctrina de los actos propios (venire contra factum proprio non valet): la conducta contractual del convocante JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ*”, esgrimidas por BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.; y “*Existencia y validez del contrato de cesión de derechos fiduciarios*” que elevó BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

De otro lado, no vislumbra el panel arbitral que se haya configurado ningún medio exceptivo que deba declarar oficiosamente.

4.1 Otras excepciones de mérito propuestas por BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

A la luz de lo expresado en los apartes precedentes, corresponde estudiar las restantes excepciones que adujo la convocada BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a saber:

- a) *“Normatividad del Contrato de Fiducia de Inversión (Pacta sunt servanda).”*

- b) *“Inexistencia de deberes de vigilancia y control a las acciones del Administrador Designado, a cargo de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y de los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL FIDUCIARIA S.A., entidad que ha cumplido las obligaciones a su cargo, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión.”*

- c) *“Ausencia del nexo de causalidad entre los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y los perjuicios reclamados por el convocante en la demanda; inexistencia de solidaridad entre las sociedades convocadas.”*

- d) *“Hechos de terceros que excluyen la responsabilidad civil contractual de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”*

4.1.1 La excepción de normatividad del contrato de fiducia de inversión (*Pacta sunt servanda*)

Con fundamento en que en el presente proceso no se discutía la existencia, validez y eficacia del contrato de fiducia de Inversión y en las disposiciones de los artículos 1602 del Código Civil y 822, 864, 871 y 1226 al 1244 del Código de Comercio y 29 numeral 2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, argumentó BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. que había cumplido “cabalmente con la gestión que le fue encomendada, consistente en invertir los bienes fideicomitidos, esto es, los dineros aportados por los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, de acuerdo con lo previsto en este, siendo del caso señalar que **cuando se adquirieron los derechos fiduciarios en el Patrimonio Autónomo Subyacente, la obra de construcción del Proyecto se desarrollaba normalmente y no se conocía evidencia de**

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

irregularidades en el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente” (negritas del texto).

Agregó la accionada que sus funciones eran diferentes a las del Administrador Designado por los fideicomitentes y que los riesgos asociados a la inversión los habían asumido éstos. Y concluyó:

“Como se expuso en la contestación a los hechos de la demanda, la parálisis del Proyecto y su situación actual fueron causadas en realidad por hechos de terceros, no imputables a las sociedades convocadas, y en particular por la desviación indebida de cuantiosos recursos de propiedad del Patrimonio Autónomo Subyacente, en una cuantía aproximada de cuatro mil cuatrocientos setenta millones de pesos moneda legal (\$4.470.000.000), equivalentes al 38% de las fuentes netas del proyecto, por parte del Gerente del Proyecto, dineros estos que fueron desembolsados por ALIANZA FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo Subyacente, a título de anticipos, atendiendo instrucciones de OIU, anticipos que no han sido legalizados o soportados, circunstancias estas que conllevaron la materialización de riesgos de contraparte, de desarrollo y de construcción del Proyecto, propios de la inversión realizada por los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia, que fueron conocidos y aceptados por ellos”.

Repasados en su exacto tenor, los planteamientos contenidos en la excepción esbozan como razón que la fiduciaria cumplió con sus obligaciones legales y contractuales, limitadas a realizar la inversión de los dineros entregados por los fideicomitentes al patrimonio subyacente del cual aquella no tenía control alguno y en cuyo ámbito de operación, justamente, se produjo el fracaso del proyecto, por el cual la convocada no tiene responsabilidad dado que el riesgo de contraparte, que era de la naturaleza del contrato, estaba a cargo de los inversionistas.

Para el estudio adecuado del asunto, estima el Tribunal que son de recibo todas las consideraciones consignadas en secciones previas de este laudo relativas a las obligaciones de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., cada una en el rol que le fue atribuido en el contrato y en particular el análisis de la obligación de administrar que implicaba vigilancia, traducida en el caso concreto en la actividad de seguimiento de la inversión del patrimonio autónomo en que participaban los fideicomitentes y que no podía adelantarse con la sola lectura y recepción de la información que brindaba ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Ha de repetirse que en esta fiducia de inversión las obligaciones de la fiduciaria necesariamente estaban ligadas a la finalidad específica fijada en el contrato, la de invertir los recursos de los fideicomitentes en el desarrollo de un proyecto para la posterior explotación del edificio en opciones gastronómicas. No bastaba registrar la entrada y salida de unos dineros, sino que se debía estar alerta sobre el empleo efectivo de tales recursos en el desarrollo de ese proyecto y la marcha de la construcción, atento a que el proyecto no fracasara.

Así, la fiducia de inversión no estaba restringida, ya se advirtió, a recibir y trasladar unos recursos.

De tal suerte, no era suficiente que BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. manifestara en el proceso que se adquirieron los derechos fiduciarios en el patrimonio subyacente. Más que eso, debió aportar la prueba idónea de haber velado por su conservación, prueba que no arrió, pues no consta en autos elemento alguno que persuada al Tribunal de que la conducta de la fiduciaria fue más allá de los informes y rendiciones de cuentas que se agregaron al expediente, cuyo contenido refleja presentaciones de cifras de modo similar y rutinario, pero no factores o aspectos reveladores de controles o gestiones orientados a supervisar los riesgos del patrimonio autónomo, como el de contraparte y el de desarrollo del Proyecto, lo que, como se dejó dicho más atrás, no puede confundirse con la asunción de tales riesgos.

Con base en lo analizado, se declarará que no prospera la excepción.

4.1.2 Inexistencia de deberes de vigilancia y control a las acciones del Administrador Designado, a cargo de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y de los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL FIDUCIARIA S.A., entidad que ha cumplido las obligaciones a su cargo, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión.

Esta excepción la hace descansar la convocada en la Sección 2.2, literal (a) del contrato de fiducia de inversión y en su afirmación de que no tenía obligación alguna de vigilancia

Aseguró BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. que cumplió *“su deber de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos en el Patrimonio Autónomo de Inversión, contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente, pues los bienes del Patrimonio Autónomo de Inversión, que consisten,*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

principalmente, en los derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo Subyacente adquiridos para este, como tales no han sido objeto de actos de terceros o de los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, que hagan necesaria la actuación de mi representada para esos efectos. Al punto se advierte, además, que el deber de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos en el Patrimonio Autónomo Subyacente, contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente, y en particular del Gerente del Proyecto, le corresponde a ALIANZA FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo Subyacente, y no a mi representada, sin perjuicio de lo cual y en lo relacionado con la desviación indebida de recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente, por parte del Gerente del Proyecto, el 5 de agosto de 2020 BTG PACTUAL FIDUCIARIA y el Administrador Designado le enviaron una carta a ALIANZA FIDUCIARIA, señalando el incumplimiento de sus obligaciones como administradora del Patrimonio Autónomo Subyacente, y exigiendo que honre su responsabilidad, la cual se adjunta como prueba documental (numeral 1.26 de las pruebas documentales).

Tampoco está llamada a tener éxito esta excepción, pues su punto de partida, la inexistencia de un deber de vigilancia, no se ajusta a la realidad del contrato de fiducia de inversión de que se trata en el presente proceso, como se ha explicado con detalle en otros lugares de esta providencia. A esas explicaciones y precisiones se remite ahora el Tribunal, no sin observar, de la transcripción que viene de hacer, que no puede aseverarse que los derechos fiduciarios en el patrimonio subyacente no se afectaron, si fracasó el proyecto que ese patrimonio subyacente debió adelantar, como lo acepta la propia convocada BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Por otra parte, no puede acogerse que hubo cumplimiento de los deberes de la fiduciaria por la carta de reclamación de 5 de agosto de 2020, puesto que ésta fue tardía, como de ella misma se infiere que los sucesos detonantes del descalabro del proyecto -que no fueron visualizados a pesar de la falta de legalización de partidas que la citada comunicación remonta al año 2018- ocurrieron muchísimos meses atrás y que, por la prueba obtenida en el proceso, en lo que hizo relación a los avances de construcción fueron puestos en conocimiento de la fiduciaria demandada por algunos de los fideicomitentes y no percibidos por ésta, como se puso de relieve en otro capítulo.

4.1.3 Ausencia del nexo de causalidad entre los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y los perjuicios reclamados por el convocante en la demanda; inexistencia de solidaridad entre las sociedades convocadas

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Dos componentes, tiene la excepción enunciada: de un lado, se asegura que si acaso hubo incumplimiento de un deber a cargo de la convocada que propone la excepción, ese incumplimiento no fue la fuente del daño alegado por la parte actora, cuya causa se atribuye a un tercero; de otro, que no hay solidaridad entre las convocadas.

Respecto de lo primero, se aduce en la excepción que *“si en gracia de discusión se llegare a decir: (i) que mi representada tenía a su cargo deberes de vigilancia y control respecto de las acciones del Administrador Designado, lo cual no es así, y (ii) que incumplió tales deberes, ninguno de tales supuestos incumplimientos contractuales señalados en la demanda habría tenido la virtualidad de ocasionar el perjuicio cuya indemnización se pide en la demanda, toda vez que la parálisis del Proyecto y su situación actual fueron causadas en realidad por hechos de terceros, no imputables a las sociedades convocadas, y en particular por la desviación indebida de cuantiosos recursos de propiedad del Patrimonio Autónomo Subyacente, en una cuantía aproximada de cuatro mil cuatrocientos setenta millones de pesos moneda legal (\$4.470.000.000), equivalentes al 38% de las fuentes netas del proyecto, por parte del Gerente del Proyecto, dineros estos que fueron desembolsados por ALIANZA FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo Subyacente, a título de anticipos, atendiendo instrucciones de OIU, anticipos que no han sido legalizados o soportados”*.

Considera el Tribunal que en el presente proceso es necesario diferenciar entre la frustración de la expectativa que los fideicomitentes de la fiducia de inversión tenían o podían tener en el proyecto final y la lesión misma causada a la inversión misma que efectivamente realizaron y que sufrió deterioro por la parálisis del proyecto.

Así, no suscita duda que a través del patrimonio autónomo de inversión el demandante participaba de unos derechos fiduciarios en el patrimonio subyacente, cuyo valor dependía del citado proyecto, de tal manera que al dejar de desarrollarse éste e inclusive habiéndose extinguido el dominio del patrimonio subyacente sobre el inmueble en que se alcanzó a levantar parte de la edificación, esos derechos fiduciarios dejaron de tener el valor que representaba la inversión efectuada por el actor.

Para el panel arbitral, como se advirtió en otra sección de este fallo, BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. sí tenía a su cargo una obligación de administrar que implicaba la vigilancia, relacionada con la protección y conservación de la inversión. Si la fiduciaria, se repite, hubiera emprendido las tareas propias de ese deber, oportunamente, que en últimas debían conducir a un mayor control de la aplicación de

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

los recursos que se destinaban al proyecto, se hubiera podido lograr que la vocera del patrimonio subyacente adelantara una gestión más eficiente orientada a la legalización de dineros entregados al gerente, que razonablemente habría impedido o dificultado que a éste se le facilitaran las cantidades que desvió y que no aplicó para el proyecto.

Se traen acá, sin repetirse, para no hacer extensa la motivación, las consideraciones realizadas alrededor de la responsabilidad civil contractual y en particular acerca de la relación o nexo de causalidad adecuada, que sirvieron al Tribunal para concluir que el perjuicio alegado por el demandante es imputable jurídicamente a las convocadas, en tanto su incumplimiento de la obligación de administrar a su cargo fue causa adecuada, desde la perspectiva jurídica, para la situación de inviabilidad del Proyecto y el consecuente daño patrimonial padecido por el patrimonio autónomo de la fiducia de inversión.

Acercas de la solidaridad, se pusieron de presente también los razonamientos jurídicos para deducirla, los mismos que sirven para concluir que los planteamientos de la demandada no se pueden acoger, más allá de tener por acertada su consideración atinente a la fuente contractual o legal requerida. Dicha fuente contractual, se repite, incluyó la cláusula accidental que estableció las funciones a cargo del Administrador Designado que tenían por finalidad complementar o apoyar la obligación fiduciaria de administrar, como ya se explicó. Juzga el Tribunal que los motivos que expresó para establecer que la función de vigilancia incumplida estaba a cargo de ambas convocadas y que su desatención no fue exclusiva de una sola de ellas, sin que se haya desvirtuado la presunción de solidaridad que se establece en el artículo 825 del Código de Comercio.

Desde un punto de vista físico, varias cosas sobre las cuales recae la prestación objeto de una obligación son distinguibles entre sí, como sucede cuando se venden varias cosas, que deben, cada una y todas ellas ser entregadas al acreedor comprador de las mismas; y esa diferenciación así sea intelectual, también cabe en relación con acciones u omisiones que correspondan a una obligación de hacer, como sucede en el caso de la obligación de entregar un cuerpo cierto, la cual implica el deber de su custodia.

Los preceptos legales indicados arriba, dejan en claro, en primer lugar, que a través de una convención o en virtud de la ley se puede establecer la indivisión, de manera que correspondan al objeto de una obligación a cargo de varios deudores, sin perjuicio de que cada uno de éstos se encargue de distintas prestaciones comprendidas bajo la indivisión obligacional pactada; y, en segundo lugar, nada impide que dada esa

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

pluralidad pasiva, se establezca la responsabilidad solidaria entre los deudores , como se hace en el numeral 1 del artículo 7 Ley 80 de 1993 en materia de contratación estatal en el caso de los consorcios, al establecer en forma expresa que cuando dos o más personas presentan en forma conjunta una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, responden solidariamente de todas y cada una de las obligaciones de la propuesta y del contrato, de manera que las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en su desarrollo los afectan a todos. Esta regulación en materia de contratación estatal, que no es el ámbito de este litigio, es útil para ilustrar el sentido de la ley, como se dice en el artículo 30 del Código Civil, teniendo en cuenta que sin perjuicio del evento en que la solidaridad pasiva se pacte expresamente en un contrato civil o comercial, en la ley comercial se ha establecido la presunción legal de solidaridad en el artículo 825 del Código de Comercio, en forma expresa, en todos los negocios mercantiles en los que fueren varios los deudores.

Desde otro ángulo, cierto paralelo, mutatis mutandis, con un ejemplo de corte académico del escenario de las obligaciones que recaen sobre cosas, permite también ilustrar el sentido y alcance de la obligación de administrar que implicaba vigilar en este específico contrato de fiducia de inversión, en el cual, además de las cláusulas esenciales y naturales que le son propias, se incluyó la cláusula accidental ya resaltada, que estableció las funciones asumidas por el administrador designado: así como es posible comprar en forma separada uno o varios platos o cubiertos determinados o determinables, cada uno con su respectiva individualidad física, también es posible comprar a través de un solo contrato una determinada vajilla, que es debida entonces en forma indivisible, pues esa es la finalidad de las partes al integrarla así para efectos del contrato. Definido así el débito, nada impide que sean varios los vendedores obligados al mismo con base en un contrato único, y nada impide que se precise que, por ejemplo, uno de ellos entregará determinados platos o cubiertos, mientras que el otro se encargará de los restantes, pudiendo incluso entregarlos en un momento y en un lugar distintos.

Resulta entonces que ese contrato daría lugar a que varios deudores se obliguen a transferir el dominio de todas las cosas que componen la vajilla debida (uno las tazas, por ejemplo, y el otro los platos, e incluso en lugares y momentos distintos); y nada impide que además de esa unidad convencional del débito surja entre ellos una responsabilidad solidaria, o porque se pacte o porque se presuma con base en la ley mercantil en el caso de un contrato comercial cuya finalidad consista en adquirir y transferir todas esas cosas como un todo.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Para lo que se refiere al litigio que resuelve este Tribunal, en el contenido de la obligación de administrar que implicaba vigilar surgida del contrato de fiducia de inversión, el Tribunal encontró -según lo explicó a espacio- que el fiduciario, en cumplimiento de deberes indelegables propios de la obligación de administración fiduciaria, y el administrador designado, en cumplimiento de la cláusula accidental que estableció esa figura, son deudores con causa en un contrato comercial cuya finalidad permite concluir que se buscaba la vigilancia, control o supervisión de lo ocurrido en la fiducia subyacente con cargo a los recursos invertidos por el Fideicomitente en la fiducia de inversión, sin que ello, en modo alguno signifique desvirtuar la asunción de los riesgos de inversión por dicho fideicomitente, y sin que la fiduciaria asumiera tareas propias de la fiduciaria encargada de la fiducia que dio origen a dicho patrimonio subyacente, el cual tiene su propia estructura obligacional.

Esa obligación de administrar que implicaba vigilancia, en forma acorde con la finalidad del contrato, como fue presentada desde la etapa precontractual, se instrumentó mediante vinculación contractual de la fiduciaria y del Administrador delegado y es lo que permite aplicar la presunción legal de solidaridad prevista en el artículo 825 del código de comercio, la cual no fue desvirtuada en este proceso, como se expuso antes. Basta revisar las funciones encomendadas al administrador designado y ya resaltadas en el laudo, para apreciar la imbricación funcional de las mismas con el indelegable y expreso deber legal de la fiduciaria consistente en administrar el patrimonio autónomo, realizando en forma diligente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia (Código de Comercio, art. 1234-1).

A esta altura del laudo y para reiterar las consideraciones del Tribunal en punto a la solidaridad, basta con destacar otra vez la función prevista en el literal b de la sección 5.2 del contrato de fiducia de inversión, de acuerdo con el cual BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S tenía la atribución de “Instruir a la Fiduciaria por escrito, dentro del ámbito de sus atribuciones y facultades, sobre todas las cuestiones necesarias para realizar debidamente las actividades relacionadas con la inversión en el patrimonio autónomo”. Entonces, no es de recibo para el panel arbitral, habida cuenta de la finalidad del contrato de fiducia de inversión ya explicado, pretender que esta disposición tuviera el efecto de desligar a la Fiduciaria de la suerte de los recursos que le fueron a ella fideicomitados y que resultó comprometida en la forma probada en el proceso.

Si existió, por ende, solidaridad entre las convocadas.

4.1.4 Hechos de terceros que excluyen la responsabilidad civil contractual de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Invoca BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como hecho de tercero -a su vez modalidad de causa extraña que rompe el vínculo de causalidad entre el perjuicio reclamado por el demandante y la conducta del deudor demandado-, para exonerarse de responsabilidad civil contractual, la circunstancia de que *“la parálisis del Proyecto y su situación actual fueron causadas por hechos de terceros, no imputables a mi mandante, y en particular por la desviación indebida de cuantiosos recursos de propiedad del Patrimonio Autónomo Subyacente, en una cuantía aproximada de cuatro mil cuatrocientos setenta millones de pesos moneda legal (\$4.470.000.000), equivalentes al 38% de las fuentes netas del proyecto, por parte del Gerente del Proyecto, dineros estos que fueron desembolsados por ALIANZA FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo Subyacente, a título de anticipos, siguiendo instrucciones del Gerente del Proyecto, anticipos que no han sido legalizados o soportados”*.

Según la convocada, *“Tales hechos de terceros fueron imprevisibles e irresistibles para BTG PACTUAL FIDUCIARIA, se encontraban fuera de su círculo de control, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, en los términos del Contrato de Fiducia de Inversión y de la ley aplicable, en el marco de la estructura adoptada para el Proyecto, y fueron la causa esencial, determinante y exclusiva de la parálisis del Proyecto y su situación actual”*.

Una vez más subraya el Tribunal, para examinar esta excepción, que la vigilancia que debió ejercer la sociedad accionada no era del proyecto sino de la inversión que le fue encargada por el demandante y los demás inversionistas. Es claro que el entendimiento con el gerente del proyecto incumbía a ALIANZA FIDUCIARIA como vocera del patrimonio autónomo subyacente, pero igualmente lo es que la inversión aludida estaba representada en derechos fiduciarios en dicho patrimonio subyacente, por lo cual BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como vocera del patrimonio de inversión, perfectamente podía participar e intervenir, del modo como correspondía a sus deberes indelegables y en armonía con el Administrador Designado, en la dirección y gobierno de dicho patrimonio autónomo subyacente, para defensa de los derechos fiduciarios que constituían el patrimonio autónomo de los inversionistas.

No se trata de que para la época de celebración del contrato de fiducia de inversión no fuera previsible que el gerente del proyecto desviaría recursos del patrimonio autónomo

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

subyacente, sino de que como vocera del patrimonio de inversión BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. hubiera ejercido oportunamente las acciones o tareas de defensa de los derechos fiduciarios, para protegerlos y mantenerlos, lo que iba más allá de limitarse a recibir los informes de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y trasladarlos a los fideicomitentes.

La falta del ejercicio de esas acciones o tareas o, en otras palabras, el no haber materializado de forma más real y menos formal el deber de vigilancia, no fue fruto de un hecho de un tercero sino una conducta propia, omisiva, que llevó a la afectación de los derechos fiduciarios, como se ha dicho extensamente en esta providencia.

A la luz de estas consideraciones no son de recibo los argumentos de la demandada ni la excepción estudiada, pues el eximente alegado no cumple con los presupuestos necesarios para ser constituir un hecho de un tercero que excluya la responsabilidad de las sociedades accionadas, esto es, que se trate un hecho imprevisible e irresistible para éstas, por las siguientes razones:

- (i) la conducta negligente del Gerente del Proyecto, así como el incumplimiento de las obligaciones por parte de éste y de Alianza Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo derivado de la Fiducia Subyacente, eran hechos previsibles para las convocadas, y ello se concluye con claridad a partir del texto del contrato de Fiducia de Inversión en el que, como ya se mencionó, expresamente se previeron como riesgos de la ejecución de los contratos de Fiducia de Inversión y de Fiducia Subyacente, el riesgo de contraparte y el riesgo de desarrollo⁴¹; y
- (ii) la conducta del Gerente del Proyecto que las convocadas alegan como un hecho de tercero constitutivo de una causa extraña era resistible, pues, como ya lo ha explicado ampliamente el Tribunal, las convocadas tenían a cargo la obligación de administrar que implicaba la vigilancia o supervisión sustantiva

⁴¹ Contrato de Fiducia de Inversión. “Sección 7.1 Riesgos. Debido a la naturaleza de los activos en los cuales invierte el Patrimonio Autónomo Subyacente, los Fideicomitentes mediante la suscripción del presente Contrato manifiestan y aceptan que tienen conocimiento de la posibilidad que existe de incurrir en pérdidas de capital, derivada, entre otros, de los siguientes riesgos: (...) (g) Riesgo de contraparte: Riesgo de incumplimiento de los términos contractuales acordados con las contrapartes (incluyendo desarrolladores) de los Proyectos. También se refiere al riesgo de contraparte relacionado con el incumplimiento de los compradores de los inmuebles ofrecidos en venta de los términos pactados en el contrato de compraventa, derivados de cada uno de los proyectos. (...) (l) Riesgo de desarrollo: Riesgos involucrados en el desarrollo de los Proyectos hasta tanto estos hayan sido vendidos, incluidos los riesgos de construcción, de permisos y licenciamiento, retrasos y demoras, entre otros, afectando negativamente la rentabilidad de la inversión”. (se resalta)

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

o sustancial del desarrollo del Proyecto y de la ejecución del contrato de Fiducia Subyacente, lo cual, necesariamente, requería vigilar o supervisar las actividades del Gerente del Proyecto, pues de ellas dependía el avance de éste, y para ello las convocadas contaban con facultades o mecanismos contractuales para realizar tales gestiones de vigilancia o supervisión.

4.2 Otras excepciones de mérito propuestas por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

Por parte de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. se propusieron también las excepciones de “*cumplimiento del contrato – diligencia y cuidado*” y “*hecho exclusivo de terceros – materialización de riesgos de la inversión*”.

Siendo coincidentes con las formuladas por la sociedad fiduciaria codemandada, estima el Tribunal que se torna innecesario volver sobre los aspectos que han sido analizados en extenso acerca del deber de vigilancia y la responsabilidad de las convocadas, por lo cual se precisa que no hay lugar a acoger tales excepciones.

Así, aunque BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S asegura haber cumplido oportunamente las obligaciones, funciones y deberes que tenía como Administrador Designado, pues, por ejemplo, “*instruyó a BTG Pactual Fiduciaria para que realizara los llamados de capital a los fideicomitentes y para que transfiriera los recursos al Patrimonio Autónomo Subyacente, de forma tal que se diera cumplimiento al objeto del Contrato de Fiducia de Inversión y a la política de inversión establecida en el mismo*” y “*cumplió además con el deber de “vigilar, según sea el caso, los contratos de los cuales el Patrimonio Autónomo sea parte, y cumplir con las obligaciones a su cargo según lo previsto en dichos contratos” previsto en la Sección 5.2(a) de Contrato de Fiducia de Inversión*”, es lo cierto que la prueba que se obtuvo en el proceso no mostró una actividad y gestiones propias del deber de vigilancia que debía desplegar junto con la fiduciaria, al punto que, como quedó comprobado y lo aceptan las convocadas, el proyecto fracasó y arrastró la pérdida de valor de la inversión de los fideicomitentes de la fiducia de inversión.

De otro lado, la defensa de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. alega que “*La crisis del Proyecto no es imputable a ninguna acción u omisión culposa de Re Income*” y que “*Los daños reclamados por el demandante no tienen relación de causalidad ningún supuesto incumplimiento de las funciones de Re Income previstas en el Contrato de Fiducia de Inversión*”. Pero quedó explicado, al tratar sobre la responsabilidad que la

parte convocante atribuye a las convocadas, que hay lugar a estructurarla y que no se observa que exista ningún eximente, como lo sería el hecho de un tercero, cuyos presupuestos básicos no se reúnen en el asunto *sub judice*.

4.3 Conclusión sobre las excepciones de fondo

Así las cosas, para el Tribunal no son de recibo excepciones y alegaciones de las convocadas dirigidas a desvirtuar o controvertir la existencia de los daños patrimoniales sufridos por el convocante, más aún, teniendo en cuenta que fueron ellas mismas quienes afirmaron, reconocieron y cuantificaron el daño patrimonial que sufrió el patrimonio autónomo derivado de la Fiducia de Inversión, y que sirvió de base para que el Tribunal pudiera determinar la cuantía del daño emergente que sufrió el convocante en su calidad de inversionista fideicomitente y beneficiario del contrato de Fiducia de Inversión.

En consecuencia, el Tribunal accederá parcialmente a la SEGUNDA pretensión del grupo de pretensiones 'SEGUNDAS SUBSIDIARIAS', en el sentido de declarar la responsabilidad civil contractual solidaria de las convocadas frente al convocante, y la consecuente obligación de indemnizar el daño emergente y el lucro cesante que sufrió el convocante.

5. Conducta procesal de las Partes

De conformidad con lo establecido en el artículo 280 del Código General del Proceso, el tribunal considera que las partes y los apoderados procuraron sustentar sus respectivas posturas respecto de los asuntos debatidos en el proceso, de lo cual no se pueden deducir comportamientos temerarios o reprochables que permitan derivar alguna consecuencia procesal distinta a la valoración del material probatorio.

6. Del juramento estimatorio

La parte convocante prestó el juramento estimatorio ordenado en el artículo 206 del Código General del Proceso y señaló que su pretensión ascendía por capital de daño emergente a la suma de mil cuatro millones de pesos (COP \$1.004.000.000) y por intereses de mora, cuya liquidación incluyó, a seiscientos sesenta millones cuatrocientos noventa y ocho mil trescientos noventa y nueve pesos (COP \$660.498.399).

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

En el término de ley, las dos convocadas objetaron dicho juramento.

BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. señaló que no estaba justificada la cifra del capital indicado y que, en sus palabras, “no corresponde al valor de los derechos fiduciarios del convocante en el Patrimonio Autónomo Subyacente, evidenciándose por este aspecto una inexactitud material”. En tal sentido observó que “como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, no recibió del convocante JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ, la suma de MIL CUATRO MILLONES DE PESOS (\$1.004.000.000)”.

Respecto de los intereses objetó que conforme al contrato de fiducia de inversión, “no contrajo para con el convocante obligación dineraria alguna por la suma de MIL CUATRO MILLONES DE PESOS (\$1.004.000.000), que pueda servir de base para la liquidación de intereses moratorios objetada” y que tampoco estaba constituida en mora, como lo exigen los artículos 1610 y 1615 del Código Civil

Similares razonamientos sirvieron a BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. para su objeción. Así, puntualizó que en el juramento de la parte demandante “*no se explica, de forma razonada, por qué se adopta el valor indicado como estimación del perjuicio. Tampoco se precisa si esta estimación resulta aplicable tanto para las pretensiones encaminadas a que se declare la inexistencia o nulidad del contrato, como a las pretensiones indemnizatorias. En las pretensiones principales y primeras subsidiarias se hace referencia a “restituciones”, mientras en las segundas subsidiarias se habla de daño emergente. No se indica en el juramento estimatorio si el concepto de “capital” resulta aplicable a todas las pretensiones o si es un término que se usa como equivalente tanto del concepto de restitución como de daño emergente*”.

Alegó asimismo que no había recibido del actor mil cuatro millones de pesos (COP \$1.004.000.000) como contraprestación por la cesión de derechos fiduciarios.

Frente a los intereses moratorios hizo un planteamiento parecido y expuso que “*en este aparte también evidencia un desenfoque respecto del tipo de inversión realizada por el convocante y de las funciones y deberes de Re Income. El demandante pretende que se le reconozcan intereses moratorios sobre una suma superior a la pagada como contraprestación bajo el Contrato de Cesión de Derechos Fiduciarios a la máxima tasa mercantil de mora, desde el mes de abril de 2018, fecha en la cual se celebró el mencionado contrato. Esta estimación parte de la premisa errada, según la cual, mi representada habría asumido una obligación de pagar una suma líquida de dinero. Por este motivo, resulta completamente desenfocada la estimación realizada por la*

demandante, a partir de la cual, se pretende que Re Income reconozca, como supuesto perjuicio moratorio, una suma de intereses por un valor superior a la suma pagada por el demandante en una inversión sujeta a riesgos de mercado”.

Sabido es que con los cambios introducidos por la ley 1395 de 2010 y por el Código General del Proceso a la institución del juramento estimatorio, adquirió éste un valor probatorio mayor que el que se le había otorgado en la legislación del pasado. De ello da fe el artículo 206 del Código General, al punto de regular que, si la estimación de una parte no es objetada por la otra, en ciertas condiciones, constituirá la prueba del monto del perjuicio, frutos, mejoras o compensación reclamados.

La objeción es un mecanismo que entonces resta la fuerza probatoria del juramento. Pero con ella no desaparece la probabilidad de establecer la cuantía del derecho pretendido, por otros medios de prueba.

Si se formula objeción válida, la consecuencia siguiente podría ser la de una sanción para quien hizo la estimación, si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento la que resulte probada (inciso 3 del artículo 206) o si no se demostraran los perjuicios (parágrafo del artículo 206).

En el presente proceso ha de aceptar el Tribunal que los fundamentos de las objeciones son de recibo, pues en efecto la cifra reclamada no fue debidamente sustentada y tampoco la prueba pericial la estableció; no obstante lo cual, se subraya que el perjuicio y su monto sí fueron demostrados por el convocante, como se analizó en capítulo previo y se dedujo por prueba documental.

Todo lo expresado, en consecuencia, lleva a dejar de lado la aplicación de las consecuencias negativas previstas por el citado artículo 206 del Código General del Proceso, por no configurarse los respectivos supuestos para ellas.

7. Gastos y costas del proceso

Resta por determinar cómo se deben distribuir las costas y agencias en derecho en el presente trámite.

Primeramente, ha de señalarse que correrán a cargo de las convocadas en su integridad, correspondiendo las costas al reembolso a la parte convocante de lo que ésta pagó por concepto de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal, a saber,

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

la cantidad de **SESENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (COP \$62.422.650).**

En cuanto a las agencias en derecho, el Tribunal tendrá que el artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 del cinco (5) de agosto de 2016⁴², expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, no se refiere de forma específica a los procesos arbitrales, puesto que sólo regula los procesos judiciales. No obstante, el Tribunal tomará tales normas como marco de referencia para liquidar este concepto, y acudirá al acápite de los procesos declarativos en general, de única instancia, y en donde se formulen pretensiones de contenido pecuniario, en el que se indica que se deben fijar agencias en derecho entre el 5% y el 15% de lo pedido en la demanda.

En ese orden de ideas, en armonía con lo decidido en el acápite del juramento estimatorio, y en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 2° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016⁴³ y en el numeral 4° del artículo 366 del CGP⁴⁴, el Tribunal modulará la fijación de las agencias en derecho en un 7% del valor condenado en este laudo y no respecto a lo pedido por el actor:

Las sumas objeto de la condena (Daño emergente y lucro cesante)	Porcentaje del 7% (aplicado a lo condenado)
\$1.012.311.304	\$70.861.791

⁴² "ARTÍCULO 5° Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En única instancia. a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido. (...)".

⁴³ "ARTÍCULO 2° Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites." (Subrayas del Tribunal)

⁴⁴ "(...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas (...)." (Subrayas del Tribunal)

Así las cosas, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 365 del CGP, la totalidad de la condena en costas, incluidas las agencias en derecho, a cargo de las convocadas y a favor del convocante, es de **CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (COP \$133.284.441)**.

III DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y en ejercicio de la competencia deferida por las partes, el tribunal arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre el señor **JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ**, como parte convocante, y **BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** y **BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**, como parte convocada,

FALLA:

Primero. Por lo expuesto en la parte motiva, **SE DECLARA QUE NO PROSPERAN** las pretensiones **PRIMERA PRINCIPAL**, atinente a **inexistencia de la cesión de derechos fiduciarios** que fue realizada el 17 de abril de 2018 por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. al demandante, ni la **PRIMERA SUBSIDIARIA** de **nulidad absoluta** del mismo contrato de cesión de derechos fiduciarios.

Segundo. Se declara que **NO PROSPERAN** las excepciones de mérito propuestas por **BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** tituladas como *“Normatividad del Contrato de Fiducia de Inversión (Pacta sunt servanda)”*, *“Inexistencia de deberes de vigilancia y control a las acciones del Administrador Designado, a cargo de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y de los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL FIDUCIARIA S.A., entidad que ha cumplido las obligaciones a su cargo, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión”*, *“Ausencia del nexo de causalidad entre los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y los perjuicios reclamados por el convocante en la demanda; inexistencia de solidaridad entre las sociedades convocadas”* y *“Hechos de terceros que excluyen la responsabilidad civil contractual de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”*

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

Tercero. Se declara que **NO PROSPERAN** las excepciones de mérito propuestas por **BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.** tituladas como “*cumplimiento del contrato – diligencia y cuidado*” y “*hecho exclusivo de terceros – materialización de riesgos de la inversión*”.

Cuarto. Conforme a la parte motiva, **SE DECLARA** que **BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** y **BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.** incumplieron el contrato mercantil de Fiducia de Inversión celebrado el 13 de diciembre de 2017, al cual se vinculó el demandante como fideicomitente y beneficiario en virtud de la cesión de contrato que le hizo BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. mediante documento del 17 de abril de 2018.

Quinto. Como consecuencia del anterior pronunciamiento, **SE DECLARA** a las convocadas responsables contractualmente de dicho incumplimiento y se las **CONDENA** a pagar al demandante, solidariamente, a la ejecutoria del presente Laudo, los perjuicios que le fueron causados, por los siguientes conceptos:

- a) Por daño emergente, la cantidad de SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (COP \$783.840.000).
- b) Por lucro cesante, la suma de DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS (COP \$228.471.304).

Sexto. Se declara que no hay lugar a imponer la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva del laudo.

Séptimo. Se CONDENA a las demandadas a pagar, a favor del demandante, a la ejecutoria de este Laudo, la cantidad de SESENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (COP \$62.422.650) por costas del proceso y de SETENTA MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y UN MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN PESOS (COP \$70.861.791) por concepto de agencias en derecho.

Octavo. Se declara causado el saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS OSORIO ARBELÁEZ EN CONTRA DE
BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

Radicado 2020 A 0025

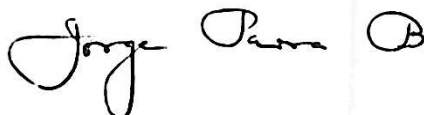
Noveno. Se ordena el pago de la contribución arbitral a cargo de los árbitros y del secretario, para lo cual el presidente del Tribunal hará las deducciones y libraré las comunicaciones respectivas.

Décimo. Se ordena la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución de las sumas no utilizadas de la partida "Gastos del Proceso".

Undécimo. Se ordena la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las partes.

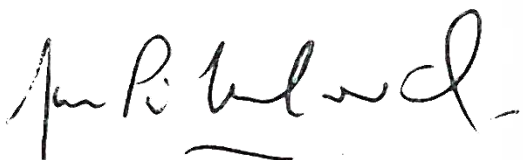
Duodécimo. Se dispone que, en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

Los árbitros,

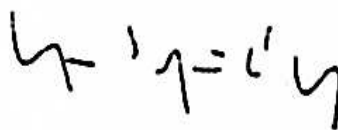


JORGE PARRA BENÍTEZ

Presidente



JUAN LUIS MORENO QUIJANO



JORGE GABINO PINZÓN SÁNCHEZ

El Secretario,



JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ