

CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN  
PARA ANTIOQUIA

LAUDO ARBITRAL

PANERAI S.A.S., JARAMILLO BUSTAMENTE S.A.S., COURCELLES  
S.A.S., INLAMM S.A.S. e INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ S.A.S.

CONTRA

BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y  
BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

(RADICADO No. 2020 A 0031)

\_\_\_\_\_

## Tabla de contenido

<b>CAPÍTULO PRIMERO – ANTECEDENTES</b> .....	4
1.1. <b>TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL</b> .....	4
1.1.1. <b>DEMANDA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL</b> .....	4
1.1.2. <b>AUDIENCIA DE INSTALACIÓN, DESIGNACIÓN Y POSESIÓN DEL SECRETARIO, JUICIO DE ADMISIBILIDAD, DERECHO DE CONTRADICCIÓN, CONCILIACIÓN ARBITRAL, FIJACIÓN DE GASTOS Y HONORARIOS Y PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.</b> .....	6
1.1.3. <b>PRÁCTICA DE PRUEBAS, AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y OPORTUNIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.</b> .....	8
1.2. <b>POSICIONES Y PRETENSIONES DE LAS PARTES</b> .....	12
1.2.1. <b>LA DEMANDA</b> .....	12
1.2.2. <b>CONTESTACIONES A LA DEMANDA - LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS Y LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.</b> .....	14
<b>CAPÍTULO SEGUNDO - CONSIDERACIONES</b> .....	18
2.1. <b>PRESUPUESTOS PROCESALES</b> .....	19
2.1.1. <b>JUICIO DE VALIDEZ DEL PROCESO – PRESUPUESTOS PROCESALES.</b> .....	19
2.1.2. <b>JUICIO DE EFICACIA DEL PROCESO – PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA SENTENCIA.</b> 20	
2.1.3. <b>PRESUPUESTOS DE LA BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA.</b> .....	20
2.2. <b>DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA ARBITRAL Y METODOLOGÍA QUE SEGUIRÁ EL TRIBUNAL PARA RESOLVERLA.</b> .....	21
2.3. <b>MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE</b> .....	31
2.3.1. <b>EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL Y LA FIGURA DEL “ADMINISTRADOR DESIGNADO”.</b> .....	31
2.3.2. <b>LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL, EN GENERAL, Y LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL, EN PARTICULAR, CON ALUSIÓN ESPECIAL A LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA.</b> .....	35
2.3.2.1. <b>La responsabilidad civil contractual.</b> .....	35
2.3.2.2. <b>La responsabilidad profesional.</b> .....	42
2.3.2.3. <b>La responsabilidad fiduciaria.</b> .....	45
2.3.3. <b>LA COLIGACIÓN CONTRACTUAL.</b> .....	68
2.4. <b>MARCO CONTRACTUAL DE REFERENCIA.</b> .....	74
2.4.1. <b>EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE INVERSIÓN.</b> .....	75
2.4.2. <b>EL CONTRATO DE FIDUCIA “PATRIMONIO AUTÓNOMO SUBYACENTE” Y SU OTROSÍ INTEGRAL NO. 1.</b> .....	75
2.4.3. <b>EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN.</b> .....	76
2.4.4. <b>EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.</b> .....	76
2.4.5. <b>EL CONTRATO DE FIDUCIA “INMOBILIARIO”.NUMERACIÓN</b> .....	77
2.5. <b>ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEPRECADA EN EL ASUNTO SUB-LITE.</b> .....	77
2.5.1. <b>EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN NUMERACIÓN</b> .....	77
2.5.2. <b>LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES INVOCADOS POR LAS CONVOCANTES.</b> .....	78
2.5.2.1. <b>Incumplimientos “comunes” planteados en contra de ambas Convocadas</b> .....	79
2.5.2.1.1. <b>Falta de gestión, control y vigilancia debida.</b> .....	79
2.5.2.1.2. <b>Incumplimiento del deber de información.</b> .....	115
2.5.2.2. <b>Incumplimientos planteados en contra de BTG Fiduciaria.</b> .....	122
2.5.2.2.1. <b>Falta en exigir la gestión oportuna del Administrador Designado.</b> .....	122
2.5.2.2.2. <b>Delegación de funciones inherentes a la Fiduciaria en el Administrador Designado, intención de limitación de su responsabilidad con su designación y supuesto conflicto de interés.</b> .....	125
2.5.2.2.3. <b>Incumplimiento del deber de <u>confidencialidad y reserva del contrato.</u></b> .....	131
2.5.2.3. <b>Funciones contractuales supuestamente incumplidas por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.</b>	133

2.5.2.3.1. Administrar, suscribir o vigilar, según el caso, los contratos de los cuales el Patrimonio Autónomo sea parte, así como cumplir con las obligaciones de los contratos que lo vinculen con el Patrimonio Autónomo Subyacente..... 133

2.5.2.3.1.1. Instruir a la Fiduciaria por escrito, sobre todas las cuestiones necesarias para realizar debidamente las actividades relacionadas con la inversión en el Patrimonio Autónomo. .... 134

2.5.2.3.1.2. Instruir a la Fiduciaria por escrito sobre los contratos que sea necesario que el Patrimonio Autónomo suscriba. 148

2.5.2.3.1.3. Dar instrucciones a la Fiduciaria sobre el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo. 153

2.5.2.3.1.4. Representar al Patrimonio Autónomo en la asamblea y demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente..... 158

2.5.2.3.1.5. Objetar las rendiciones de cuentas de la Fiduciaria en representación de los Fideicomitentes. 162

2.5.2.4. Conclusiones del Tribunal en materia de incumplimientos..... 164

2.5.3. LOS DAÑOS ALEGADOS Y EL NEXO CAUSAL..... 165

2.5.3.1. Marco de referencia..... 165

2.6. PRONUNCIAMIENTO ESPECÍFICO SOBRE LAS PRETENSIONES Y LAS EXCEPCIONES..... 186

2.6.1. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA..... 186

2.6.2. EN CUANTO A LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN LOS ESCRITOS DE CONTESTACIÓN..... 188

2.7. EL JURAMENTO ESTIMATORIO ..... 192

2.8. CONDUCTA DE LAS PARTES ..... 193

CAPÍTULO TERCERO – COSTAS..... 194

CAPÍTULO CUARTO - DECISIONES DEL TRIBUNAL..... 195

RESUELVE..... 195

---

**CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN  
PARA ANTIOQUIA**

**CENTRO DE ARBITRAJE**

**LAUDO ARBITRAL**

Medellín, diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Según lo notificado en los Autos No. 34 del día tres (03) de noviembre de 2021 y No. 35 del día tres (03) de febrero de 2022, y en la fecha y hora señaladas, el Tribunal de Arbitramento expide el Laudo en Derecho que se expresa a continuación:

**CAPÍTULO PRIMERO – ANTECEDENTES**

**1.1. TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL**

**1.1.1. DEMANDA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL**

1.1.1.1. El día primero (01) de octubre de 2020, las sociedades PANERAI S.A.S., JARAMILLO BUSTAMANTE S.A.S., COURCELLES S.A.S., INLAMM S.A.S. e INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ S.A.S., a través de apoderados judiciales, presentaron ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia demanda arbitral con el fin de que se integrara un Tribunal de Arbitramento que resolviera las pretensiones formuladas en la misma, en contra de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

1.1.1.2. La petición tiene como fundamento el Pacto Arbitral, en su modalidad de cláusula compromisoria, contenida en la SECCIÓN 17.6 – SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS del documento denominado “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE INVERSIÓN”, suscrito entre las partes el día 13 de diciembre de 2017, cláusula cuyo texto es del siguiente tenor:

*“Sección 17.6 Solución de controversias. Toda controversia o diferencia relativa a este Contrato, con excepción del 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 (sic) modifiquen y/o complementen, e 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”.<sup>1</sup>*

- 1.1.1.3. Con fundamento en dicha Cláusula Compromisoria, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia procedió a la designación de árbitros, citando el día 6 de octubre de 2020 a reunión para su nombramiento.
- 1.1.1.4. La reunión para el nombramiento de árbitros se realizó el día 15 de octubre de 2020, haciéndose la elección por mutuo acuerdo.
- 1.1.1.5. El Centro de Arbitraje, mediante cartas del veintiuno (21) y veintitrés (23) de octubre de 2020 (Cfr.Expediente Virtual (www.mascinfo.com.co), Documento No. 23 (2020 A 00031 CARTA ACEPTACIÓN Y DEBER DE INFORMACIÓN ÁRBITROS 21 OCT 2020), les comunicó a las partes la aceptación de los árbitros y remitió a éstas copia del documento que contiene su deber de información.
- 1.1.1.6. En el acto de aceptación del cargo, los árbitros dieron cumplimiento al deber de información contenido en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, lo cual fue comunicado a las partes, como ya se indicó (Cfr. Expediente Virtual ([www.mascinfo.cm.co](http://www.mascinfo.cm.co))).
- 1.1.1.7. Integrado debidamente el Tribunal, el Centro de Arbitraje citó<sup>2</sup> a los árbitros y a las partes el día 5 de noviembre de 2020 a audiencia de instalación del Tribunal (Cfr. Inc. 1 Art. 20 de la Ley 1563 de 2012), para el día 11 de noviembre de 2020 a las 2:30 p.m.

<sup>1</sup> Cfr. Expediente Virtual (www.mascinfo.com.co), Documento No. 4 (2020 A 0031 DEMANDA ARBITRAL).

<sup>2</sup> Cfr. Expediente Virtual (www.mascinfo.com.co), Documento No. 26 (2020 A 0031 2020 A 0031 CARTA CITACIÓN AUDIENCIA INSTALACIÓN 5 NOV 2020).

### **1.1.2. AUDIENCIA DE INSTALACIÓN, DESIGNACIÓN Y POSESIÓN DEL SECRETARIO, JUICIO DE ADMISIBILIDAD, DERECHO DE CONTRADICCIÓN, CONCILIACIÓN ARBITRAL, FIJACIÓN DE GASTOS Y HONORARIOS Y PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.**

- 1.1.2.1. Mediante Auto No. 01 del once (11) de octubre de 2020, el Tribunal Arbitral se instaló formalmente y procedió a: 1° designar como Presidente al Dr. FELIPE PINEDA CALLE y como Secretaria a la Dra. MANUELA MARTÍNEZ OSORIO, 2° recibió el expediente por parte de la Abogada de la Unidad de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, 3° fijó el lugar de funcionamiento del Tribunal, 4° reconoció personería a los apoderados de las partes, 5° puso en conocimiento la normatividad y reglamentación aplicable y 6° indicó la forma de las notificaciones<sup>3</sup>.
- 1.1.2.2. En la audiencia citada en el anterior numeral y mediante Auto N° 02, el Tribunal inadmitió la demanda arbitral, ordenando a la parte convocante cumplir algunos requisitos para poder proceder con la admisión de la demanda.
- 1.1.2.3. La parte demandante, mediante escrito presentado el día 19 de noviembre de 2020, cumplió con los requisitos exigidos por el Tribunal para la admisión de la demanda<sup>4</sup>.
- 1.1.2.4. La Secretaria designada, mediante documentos presentados el día once (11) de noviembre de 2020, aceptó el cargo y dio cumplimiento al deber de información contenido en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el cual fue comunicado a las partes.
- 1.1.2.5. El Tribunal, en audiencia virtual, como consta en el acta de noviembre 23 de 2020, profirió el Auto No. 3, en donde: 1° admitió la demanda y 2° corrió traslado de la misma por el término de veinte (20) días a las sociedades demandadas.
- 1.1.2.6. El día 22 de diciembre de 2020 las partes convocadas dieron respuesta a la demanda, proponiendo excepciones de fondo o de mérito y objetando el juramento estimatorio efectuado en la misma.
- 1.1.2.7. En audiencia virtual celebrada el día 28 de diciembre de 2020, sin presencia de las partes, se profiere el Auto No. 4, donde: 1° se da traslado de la objeción al juramento estimatorio, 2° se da traslado de las excepciones propuestas por la parte convocada 3ª se concede plazo hasta el 12 de marzo de 2021 para aportar los dictámenes periciales anunciados por las sociedades convocadas en las contestaciones de la demanda 4° se fija fecha para audiencia de conciliación para el día 27 de enero de 2021 a las 2:30 p.m.

---

<sup>3</sup> Cfr. Expediente Virtual ([www.mascinfo.com.co](http://www.mascinfo.com.co)), Documento No. 28 (2020 A 0031 Acta de audiencia de instalacion 11 NOV 2020).

<sup>4</sup> Cfr. Expediente Virtual ([www.mascinfo.com.co](http://www.mascinfo.com.co)), Documento No. 31 (2020 A-0031 MEMORIAL SUBSANA DEMANDA ARBITRAL)..

- 1.1.2.8. El día 8 de enero de 2021 se emitió el auto No. 5, adicionando el auto No. 4 conforme a solicitud allegada por las partes convocadas en la cual solicitaron que, en razón de la igualdad, simetría y economía procesal, se fijara el plazo para que las convocantes allegaran al proceso los dictámenes periciales anunciados en la demanda. En dicho auto, se concedió plazo hasta el 12 de marzo de 2021 para que las sociedades convocantes aportaran los dictámenes periciales enunciados en la demanda y las modificaciones indicadas en los escritos de descorre de excepciones de mérito.
- 1.1.2.9. En audiencia del veintisiete (27) de enero de 2021 (Cfr. Expediente Virtual ([www.mascinfo.com.co](http://www.mascinfo.com.co)), Documento No. 58 (2020 A 0031 AUTO NRO 6 Y 7 FRACASO CONCILIACION Y FIJACION GASTOS Y HONORARIOS) (27 Enero), el Tribunal profirió las siguientes providencias: 1° el Auto No. 06, en virtud del cual declaró agotada y fracasada la audiencia de conciliación prevista en el art. 24 de la Ley 1563 de 2012, con fundamento en sus respectivos considerandos; y 2° el Auto No. 07, por medio del cual se fijaron los gastos y honorarios del Tribunal.
- 1.1.2.10. Las partes pagaron, en las oportunidades procesales de que trata el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la totalidad de los gastos y honorarios decretados por este Tribunal Arbitral.
- 1.1.2.11. Mediante Auto No. 08<sup>5</sup>, se fijó fecha para la realización de la primera audiencia de trámite para el día ocho (08) de marzo de 2021 a las 3:00 p.m.
- 1.1.2.12. Mediante Auto No. 09<sup>6</sup>, proferido en audiencia del ocho (08) de marzo de 2021, el Tribunal: 1° se declaró competente para conocer y decidir las pretensiones de la demanda; 2° aplicó el art. 10 del Decreto Legislativo 491 de 2020, en el sentido de indicar que el término de duración del proceso sería de ocho (8) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de prórrogas, suspensiones o interrupciones que pudieran presentarse conforme a lo dispuesto por los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012 y el mismo artículo 10 del Decreto 491 antes citado; y 3° ordenó el pago del 50% de los honorarios a los Árbitros y a la Secretaria, y el 100% al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín (Cfr. Art. 28 Ley 1563 de 2012).
- 1.1.2.13. Dentro de la audiencia indicada en el numeral anterior y mediante Auto No. 10, el Tribunal decretó la totalidad de los medios de prueba solicitados por las partes (Cfr. Inc. 3 del Art. 30 Ley 1563 de 2012); se profirió también el Auto No. 11, el cual negó el recurso de reposición presentado por la apoderada de las sociedades Inlamm S.A.S. y Panerai S.A.S respecto al decreto de prueba

---

<sup>5</sup> Cfr. Expediente Virtual ([www.mascinfo.com.co](http://www.mascinfo.com.co)), Documento No. 67 (AUTO NRO 8 – FIJA FECHA PARA PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE)

<sup>6</sup> Cfr. Expediente Virtual ([www.mascinfo.com.co](http://www.mascinfo.com.co)), Documento No. 48 (2019 A 0031 ACTA PRIMERA DE TRAMITE Y DOC APORTADOS 23 SEP 2019).

referente al oficio dirigido a la Supersociedades y se negó también la solicitud de adición solicitada por los apoderados de Courcelles S.A.S., Jaramillo Bustamante S.A.S. e Inversiones Ospina Ramírez S.A.S. respecto al deber de colaboración de las demandadas y de eventuales terceros en la entrega de información para efectos de que los peritos pudieran rendir sus dictámenes; y en Auto No. 12 se procedió a fijar fecha y hora de audiencias para la práctica de pruebas.

- 1.1.2.14. Mediante Auto No. 13 emitido en la misma audiencia del ocho (08) de marzo de 2021, se decretó la suspensión del proceso desde el 9 al 31 de marzo de 2021, ambas fechas incluidas.

### **1.1.3. PRÁCTICA DE PRUEBAS, AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y OPORTUNIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.**

Las pruebas se practicaron según lo decretado, tal como se detalla a continuación:

- 1.1.3.1. En audiencia del 12 de abril de 2021 se absolvieron los interrogatorios de DIANA FERNANDA SÁNCHEZ ARISTIZABAL (Representante Legal de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.) y se emitió Auto No. 14 requiriendo a la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocera de los Fideicomisos BOHO MARKET CALLE 18 y FIDEICOMISO 50C – 105515 para que entregara la información solicitada el día 10 de marzo de 2021 al señor César Mauricio Ochoa Pérez en calidad de perito actuante, además de la que le soliciten las partes, sus apoderados y/o peritos designados por ellas para efectos de la práctica de las pruebas periciales decretadas.
- 1.1.3.2. En audiencia del 14 de abril de 2021 se recibieron los interrogatorios de parte y declaración de propia parte de JUAN PABLO ÁNGEL ARANGO, identificado con C.C. No. 15.438.203 (Gerente suplente de PANERAI S.A.S. con NIT No. 900.825.301-8) y de MAURICIO ALEJANDRO MOLINA URIBE, identificado con C.C. 98.671.987 (Representante legal principal de INLAMM S.A.S. con NIT No. 900.798.625-2).
- 1.1.3.3. En audiencia del 16 de abril de 2021 se recibieron los interrogatorios de parte y declaración de propia parte de CAROLINA JARAMILLO DEL CORRAL, identificada con C.C. No. 43.566.463 (Primer suplente del gerente de JARAMILLO BUSTAMANTE S.A.S. con Nit No. 811.038.675-8) y de GONZALO RESTREPO LÓPEZ, identificado con C.C. 8.139.725 (Representante legal principal de COURCELLES S.A.S. con Nit No. 900.312.249-0), y se realizaron modificaciones al cronograma de práctica de pruebas a partir del día 16 de abril de 2021.
- 1.1.3.4. En audiencia del 20 de abril de 2021 se recibieron los interrogatorios de parte y declaración de propia parte de JUAN CARLOS HINESTROSA GALLEG0 (Representante legal de BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.).

- 1.1.3.5. En audiencia del 23 de abril de 2021 se recibieron los interrogatorios de parte y declaración de propia parte de David Ospina Ramírez, identificado con C.C. 1.128.416.719 (Representante legal principal de la sociedad demandante INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ S.A.S. con Nit No. 900.629,499-7), se practicó el testimonio de JUAN FRANCISCO MARÍN GONZÁLEZ y se emitió el Auto No. 15 indicando que no se llevaría a cabo la audiencia programada para el 26 de abril de 2021.
- 1.1.3.6. En audiencia del 28 de abril de 2021 se practicaron los testimonios de SEBASTIÁN PALACIO OJALVO y GERMÁN DARÍO AVELLA ABONDANO.
- 1.1.3.7. En audiencia del 30 de abril de 2021 se practicó el testimonio de JUAN PABLO VILLA ACEVEDO y el Tribunal accedió al desistimiento de los testimonios de MATEO MORENO VILLA Y OLGA OCHOA ACOSTA, solicitados por la parte convocada. Igualmente, el Tribunal aceptó el desistimiento del testimonio de DANIEL RUEDA RESTREPO, solicitado por la parte convocante. También se fijaron nuevas fechas y horas para llevar a cabo los testimonios que seguían pendientes de practicar.
- 1.1.3.8. En audiencia del 3 de mayo de 2021 se practicó la exhibición de documentos en cabeza de la parte convocada; el Tribunal ordenó incorporar al expediente la totalidad de los documentos que fueron aportados por la parte convocada BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. a través del link suministrado a las partes y concedió un término adicional a la parte convocada para aportar los documentos pendientes objeto de exhibición. Se emitieron los Autos No. 16, 17 y 18; el primero de ellos para poner en conocimiento de las partes los dictámenes periciales contable y de gerencia de proyectos inmobiliarios presentados por las firmas RSM Assurance & Audit S.A., Crearcimientos Propiedad Raíz S.A.S. y Deloitte Asesores y Consultores Ltda; el segundo, fijando fecha y hora para la práctica de pruebas testimoniales pendientes por practicar; y el tercero, decretando la suspensión del proceso desde el 4 hasta el 31 de mayo de 2021, ambas fechas incluidas.
- 1.1.3.9. El 3 de junio de 2021, sin presencia de las partes, se emitió el Auto No. 19, en el cual se fijó fecha y hora para la práctica de la prueba testimonial de los señores LUCAS JARAMILLO DEL CORRAL, VERÓNICA VÉLEZ ORTIZ Y MARÍA CLARA OJALVO RODRÍGUEZ.
- 1.1.3.10. En audiencia del 15 de junio de 2021 se practicaron los testimonios de NICOLÁS PIEDRAHÍTA RODRÍGUEZ y MISAELE EDUARDO GARZÓN BARRETO.
- 1.1.3.11. En audiencia del 17 de junio de 2021 se practicó el testimonio de DIANA RIVERA ANDRADE y el Tribunal accedió al desistimiento de los testimonios

de JUAN CARLOS MOLINA y VERÓNICA VÉLEZ ORTÍZ, solicitados por la parte convocada.

- 1.1.3.12. El 25 de junio de 2021 se emitieron los Autos No. 20, 21 y 22, el primero de ellos, fijando fecha para la práctica testimonial de María Carolina Uribe Arango; el segundo, para poner en conocimiento de las partes los dos dictámenes periciales de contradicción aportados por la parte convocada emitidos por la firma Deloitte Asesores y Consultores Ltda y citar al señor Esteban Montes Posada de la sociedad Crearcimientos Propiedad Raiz S.A.S. (dictamen de proyectos inmobiliarios) y a los representantes legales o a quienes éstos designen que hayan intervenido en la realización de los dictámenes de las sociedades RSM Assurance & Audit S.A. (Dictamen contable) y Deloitte Asesores y Consultores Ltda (dictamen aportado por la parte convocada) para que comparezcan ante el Tribunal en las fechas previstas en dicho auto; y el tercero, disponiendo la incorporación al expediente de los correos electrónicos aportados por el testigo Nicolás Piedrahita Rodríguez y dejándolos a disposición de las partes.
- 1.1.3.13. En audiencia del 21 de junio de 2021 se practicaron los testimonios de LUCAS MIGUEL JARAMILLO DEL CORRAL y MARIA CLARA OJALVO RODRÍGUEZ.
- 1.1.3.14. El 7 de julio de 2021 se emitió, sin presencia de las partes, el Auto No. 23, el cual se accedió a la solicitud de los apoderados de las sociedades convocantes en cuanto a interrogar al perito de la firma Deloitte Asesores y Consultores Ltda que rindió los dos dictámenes de contradicción aportados por las sociedades convocadas el 3 de junio de 2021; igualmente, citar al perito de la firma Deloitte Asesores y Consultores Ltda que rindió los dos dictámenes de contradicción aportados por las sociedades convocadas y ratificar las fechas indicadas en el auto N° 21 emitido por este Tribunal para los interrogatorios a peritos solicitados por las sociedades convocantes y convocadas.
- 1.1.3.15. En audiencia del 13 de julio de 2021 se practicó el testimonio de MARIA CAROLINA URIBE ARANGO y se profirió el Auto No. 24, decretando la suspensión del proceso desde el 14 de julio de 2021 hasta el 28 de julio, ambas fechas incluidas.
- 1.1.3.16. En audiencia del 29 de julio de 2021 se practicó el interrogatorio al perito CÉSAR MAURICIO OCHOA PÉREZ.
- 1.1.3.17. En audiencia del 2 de agosto de 2021 se practicó el interrogatorio al perito suscriptor de dictamen de contradicción de la firma DELOITTE ASESORES Y CONSULTORES LTDA, señor FRANCISCO O´BONAGA QUINTERO, y se emitieron Autos No. 25 y No 26, el primero de ellos fijando fecha y hora para la práctica de interrogatorios a los peritos faltantes y el segundo, decretando la suspensión del proceso desde el 3 de agosto de 2021 hasta el 23 de agosto de 2021, ambas fechas incluidas.

- 1.1.3.18. En audiencia del 24 de agosto de 2021 se practicó el interrogatorio al perito suscriptor de dictamen de la firma Crearcimientos Propiedad Raíz S.A.S., señor ESTEBAN MONTES POSADA, y se emitieron Autos No. 27 y No. 28, el primero de ellos fijando fecha y hora para la práctica de interrogatorios a los peritos faltantes y el segundo, decretando la suspensión del proceso desde el 25 de agosto de 2021 hasta el 12 de septiembre de 2021, ambas fechas incluidas.
- 1.1.3.19. En audiencia del 13 de septiembre de 2021 se practicó el interrogatorio al perito suscriptor FRANCISCO O'BONAGA QUINTERO de la firma DELOITTE ASESORES Y CONSULTORES LTDA, prueba presentada por la parte convocada como contradicción al dictamen presentado por la parte convocante.
- 1.1.3.20. En audiencia del 16 de septiembre de 2021 se practicó el interrogatorio al perito suscriptor FRANCISCO O'BONAGA QUINTERO de la firma DELOITTE ASESORES Y CONSULTORES LTDA, declaración solicitada por la parte convocante respecto al análisis técnico y de estructuración. Igualmente, en dicha audiencia se emitió el auto No. 29 decretando la suspensión del proceso desde el 22 de septiembre de 2021 hasta el 4 de octubre de 2021, ambas fechas incluidas.
- 1.1.3.21. En audiencia del 20 de septiembre de 2021 se emitió el Auto No. 30, en el cual se fijó fecha para realizar audiencia con el fin de decidir lo que en derecho corresponda, señalada para el día cinco (05) de octubre de 2021 a las once de la mañana (11:00 a.m.).
- 1.1.3.22. El 5 de octubre de 2021 se llevó a cabo audiencia en el cual se realizó control de legalidad y se emitieron los Autos No. 31 y 32, el primero de ellos, ordenando seguir con la continuidad del proceso, declarando cerrada la etapa probatoria y fijando fecha para audiencia de alegaciones, y el segundo, decretando la suspensión del proceso desde el día 6 de octubre de 2021 hasta el 27 de octubre de 2021, ambas fechas incluidas.
- 1.1.3.23. El 3 de noviembre de 2021 se realizó audiencia de alegaciones y control de legalidad y se profirieron los Autos No. 33 y 34, el primero de ellos decretando la suspensión del proceso desde el 13 de noviembre de 2021 hasta el 10 de enero de 2022, ambas fechas incluidas, y el segundo, fijando fecha para audiencia de Laudo.
- 1.1.3.24. El 3 de febrero de 2022 se profirió el Auto No 35 en el cual se indicó que se aplazaba la fecha para dictar el laudo, fijando como nueva fecha el día 10 de marzo de 2022.
- 1.1.3.25. En virtud de la cláusula compromisoria, y por no existir término especial pactado

en ella, el presente Arbitraje tiene una duración de ocho (8) meses<sup>7</sup> contados desde la finalización de la primera audiencia de trámite, que se realizó el día ocho (08) de marzo de 2021.

- 1.1.3.26. Toda vez que la primera audiencia de trámite se realizó y finalizó el día ocho (08) de marzo de 2021, el término para concluir las actuaciones del Tribunal se habría extinguido el ocho (08) de noviembre de 2021, pero se decretaron las siguientes suspensiones por solicitud de las partes, por mutuo acuerdo: entre el 9 y el 31 de marzo de 2021, ambas fechas incluidas; entre el 4 y el 31 de mayo de 2021, ambas fechas incluidas; del 14 hasta el 28 de julio de 2021, ambas fechas incluidas; entre el 3 y el 23 de agosto de 2021, ambas fechas incluidas; entre el 25 de agosto de 2021 y el 12 de septiembre de 2021, ambas fechas incluidas; entre el 22 de septiembre y el 4 de octubre de 2021, ambas fechas incluidas; del 6 de octubre de 2021 hasta el 27 de octubre de 2021, ambas fechas incluidas; entre el 13 de noviembre de 2021 y el 10 de enero de 2022, (en total, 135 días hábiles). Por lo tanto, el término expirará el día veinticuatro (24) de mayo de 2022.

## **1.2. POSICIONES Y PRETENSIONES DE LAS PARTES**

### **1.2.1. LA DEMANDA.**

- 1.2.1.1. La demanda arbitral<sup>8</sup> presenta la versión de los hechos relevantes al Arbitraje, refiriéndose, en síntesis, a los siguientes temas:

A. El Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión y las obligaciones de las Convocadas.

El 13 de diciembre de 2017 se celebró el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión entre las convocantes y BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., que fue también suscrito por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. como Fideicomitente e igualmente como Administrador Designado, estando estipuladas sus funciones en dicho negocio jurídico.

La demanda hace referencia al objeto del contrato, a las obligaciones de la sociedad fiduciaria, a las funciones que tenía el Administrador Designado y a la remuneración pactada para estas dos últimas compañías.

B. El Proyecto, su desarrollo y sus resultados

La demanda indica la forma como se desarrolló el proyecto, cómo fueron invitadas a participar del mismo las empresas demandantes y lo que se les ofreció para hacer parte del proyecto.

<sup>7</sup> Cfr. art. 10, Decreto 491 del 28 de marzo de 2020: “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. (...)”.

<sup>8</sup> Cfr. Expediente Virtual (www.mascinfo.com.co), Documento No. 4 (2020 A 0031DEMANDA ARBITRAL).

También se hace referencia al rol de Alianza Fiduciaria y de OIU –Gerente del proyecto-, así como a los plazos de construcción, según los cuales, para el mes de junio de 2018 se tenía presupuestada la entrega del desarrollo inmobiliario. En este literal de los hechos se explica también como fue el llamado de capital a los inversionistas y los montos pagados, con sus fechas.

La demanda también hace el recuento de lo que sucedió con el proyecto, indicando además que sólo hasta el mes de marzo de 2020 las convocadas se enteraron acerca de que el proyecto había sido un fracaso y que la inversión se había perdido.

La demanda describe lo que refleja la “situación actual” del proyecto, aludiendo a (i) obra constructiva incompleta, (ii) incumplimiento de presupuestos, (iii) desvío o malversación de los recursos en el patrimonio autónomo de segundo nivel, (iv) sobreendeudamiento del Fideicomiso Subyacente y (v) enajenación del inmueble donde se realizaba el proyecto a una entidad financiera relacionada con un intento para mejorar el perfil de la deuda.

C. Los incumplimientos de las Convocadas y el perjuicio de las Convocantes. En este aparte de los hechos se indica cada una de las actuaciones que hicieron o dejaron de realizar las convocadas, presentándose también un paralelo de las funciones del Administrador Designado con el fin de mostrar las funciones que supuestamente se incumplieron.

También se refiere la demanda la delegación de las funciones y el presunto perjuicio sufrido por las convocantes por las actuaciones u omisiones de las convocadas.

- 1.2.1.2. La demanda arbitral fue presentada el día 11 de octubre de 2020; mediante Auto No. 02, el Tribunal inadmitió la demanda arbitral, ordenando a la parte convocante, entre otros asuntos, precisar si reclama otros montos indemnizatorios diferentes a los indicados en la demanda y, en caso afirmativo, indicar cuáles son estos. Adicionalmente, en vista de que la condena solicitada es una indemnización, las demandantes debían incluir las sumas que en definitiva se relacionaran en las pretensiones, en el acápite del juramento estimatorio, en los términos del artículo 206 del C.G.P.

Así las cosas, la demanda arbitral fue subsanada y se integró en un solo texto<sup>9</sup>, en el que se estableció la versión definitiva de los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio.

Respecto a los hechos, de los mismos se hará alusión ampliada en el desarrollo del Laudo, por lo que no serán transcritos literalmente en este capítulo de la providencia.

En cuanto a las pretensiones planteadas en la demanda, son del siguiente tenor:

<sup>9</sup> Cfr. Expediente Virtual (www.mascinfo.com.co), Documento No. 31 (2020 A-0031NMEMORIAL SUBSANA DEMANDA ARBITRAL).

*“PRIMERA. Declárese que el 13 de diciembre de 2017, las Convocantes celebraron, en calidad de Fideicomitentes, un Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión con las Convocadas BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en calidad de FIDUCIARIA, y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., en calidad de Fideicomitente y de Administrador Designado.*

*SEGUNDA. Declárese que las Convocadas incumplieron las obligaciones contraídas en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, celebrado el 13 de diciembre de 2017 con las Convocantes.*

*TERCERA. Declárese que las Convocadas son contractual y solidariamente responsables de los perjuicios patrimoniales causados a las Convocantes, como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, celebrado el 13 de diciembre de 2017.*

*CUARTA. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condénese a las Convocadas a pagar a las Convocantes las siguientes sumas de dinero, por concepto de daño emergente:*

- 1. A favor de PANERAI S.A.S., la suma de \$950'181.818.*
- 2. A favor de INLAMM S.A.S., la suma de \$475'090.909.*
- 3. A favor de COURCELLES S.A.S., la suma de \$475'090.909.*
- 4. A favor de JARAMILLO BUSTAMANTE S.A.S., la suma de \$475'090.909.*
- 5. A favor de INVERSIONES OSPINA RAMIREZ S.A.S., la suma de \$475'090.909.*

*QUINTA. Condénese a las Convocadas a pagar intereses moratorios a la máxima tasa de interés moratorio mercantil, sobre las sumas solicitadas en la pretensión anterior, causados desde la fecha en que cada una de las Convocantes hizo la correspondiente inversión en el Patrimonio Autónomo, hasta la fecha del pago efectivo.*

*SEXTA. Condénese a las Convocadas a pagar a las Convocantes la suma en que éstas tuvieron que incurrir a fin de evitar un litigio arbitral, correspondiente al costo de la celebración de una audiencia de conciliación ante la Cámara de Comercio de Medellín, suma equivalente a SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS TRECE PESOS (\$7'598.413 PESOS).*

*SÉPTIMA. Condénese a las Convocadas en costas y agencias en derecho.”*

### **1.2.2. CONTESTACIONES A LA DEMANDA - LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS Y LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.**

En cuanto a la respuesta a la demanda, las sociedades convocadas dieron respuesta a los hechos, aceptando algunos y negando otros, todo lo cual fue

analizado oportunamente por el Tribunal para deducir los efectos jurídico-procesales que corresponden.

BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.

El apoderado de esta sociedad convocada contestó los hechos conforme a los subtítulos presentados por las convocantes en la demanda, sintetizados así:

A) Pronunciamiento frente a los hechos comprendidos bajo el título: “El Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión y las obligaciones de las Convocadas”.

En este acápite, contestó que la mayoría de los hechos narrados en el literal A de la demanda son ciertos, a excepción del hecho sexto, que se refiere al cobro de las comisiones, en el cual indicó que desde el mes de diciembre de 2019, ni la Fiduciaria ni el Administrador Designado habían realizado cobro de las comisiones como les correspondía bajo el contrato de Fiducia Mercantil de Inversión.

B) Pronunciamiento frente a los hechos comprendidos bajo el título: “El Proyecto, su desarrollo y su fracaso”.

La contestación de la demanda hace mención a la forma como se enfocó el proyecto, cómo debían ser invertidos los recursos, que el proyecto fue ofrecido como una gran oportunidad de inversión, pero también se hace énfasis en que no se informó que el proyecto “generaría importantes rendimientos”. Además, dicha contestación a la demanda mencionó que en el contrato de Fiducia Mercantil de Inversión se indicaron los riesgos que existían, entre los que se destacaron los denominados (i) Riesgos de contraparte, (ii) Riesgos de desarrollo y (iii) Riesgos de construcción.

Se indicó igualmente en esta contestación, de quién era el inmueble aportado para el proyecto y qué empresa adelantó la construcción del proyecto (ICI Inversiones & Construcciones Industrializadas S.A.S., quien fue contratada por Ópera Inversiones Urbanas S.A.S.).

También se manifestó que el proyecto fue presentado por el gerente y representante de OIU a BTG RE INCOME, quien, a su vez, presentó el mismo a BTG PACTUAL FIDUCIARIA, con una posterior invitación a los clientes inversionistas.

Respecto a los llamados de capital, se informó que Panerai S.A.S., Courcelles S.A.S., Jaramillo Bustamante S.A.S. e Inversiones Ospina Ramírez cumplieron oportunamente con sus obligaciones de realizar aportes de capital, lo que no ocurrió con Inlamm S.A.S. debido a que en el primer llamado de capital, esta compañía debía aportar recursos al Patrimonio Autónomo de Inversión por un valor de trescientos setenta y cinco millones de pesos (\$375.000.000.00) y solo

aportó en esa oportunidad doscientos cincuenta millones de pesos (\$250.000.000.oo).

Indicó también el apoderado de BTG Re Income que algunos de los hechos narrados por las convocantes son apreciaciones personales y no hechos como tal, y que por ejemplo, respecto a los informes de seguimiento, estos fueron realizados por Re Income y no por la Fiduciaria, como lo refiere la demanda.

Se indicó asimismo en el escrito de contestación que BTG PACTUAL FIDUCIARIA y el Administrador Designado entregaron información clara y oportuna a las convocadas y hasta realizaron algunas reuniones presenciales en las que participaron algunas de las convocantes, informándose también que la situación de crisis del Proyecto fue informada a los convocantes por el Administrador Designado y por la Fiduciaria una vez estas recolectaron y analizaron los datos necesarios para dar un reporte claro y concreto sobre el tema.

C). Pronunciamiento frente a los hechos comprendidos bajo el título: “Los incumplimientos de las Convocadas y el perjuicio de las Convocantes”. Según este escrito de contestación, el resultado negativo del Proyecto obedeció única y exclusivamente a las actuaciones dolosas y negligentes del representante legal de OIU, como desarrollador y gerente del Proyecto, y de Alianza Fiduciaria, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Subyacente.

También se informó que tanto el Administrador Designado como BTG Pactual Fiduciaria ejercieron labores de supervisión sobre los bienes invertidos en el Patrimonio Autónomo Subyacente, dentro del marco previsto en el Contrato de Fiducia de Inversión, y una vez se conocieron alarmas, las demandadas indagaron y evaluaron las causas de la crisis del proyecto además se iniciaron acciones contra los responsables.

La contestación afirma que el Administrador Designado cumplió con sus obligaciones de medio, que no incurrió en omisiones negligentes en cuanto al desarrollo del proyecto y que las indagaciones que debía realizarse para tomar acciones sobre lo sucedido comenzaron desde septiembre de 2019, y no desde marzo de 2020 como lo indican las convocantes.

**BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**

El apoderado de esta sociedad convocada contestó los hechos presentados indicando:

Es cierto que se suscribió el contrato de fiducia de inversión en la fecha señalada y que los que lo suscribieron fueron quienes se indicó en la demanda.

Igualmente se pronunció el apoderado respecto al hecho tercero de la demanda, informando que el patrimonio autónomo de primer nivel fue creado en virtud del

Contrato de Fiducia de Inversión, explicando también la estructura utilizada para el desarrollo del proyecto, quién lo iba a desarrollar, para luego hacer un recuento de la forma como planeaba administrar el proyecto.

El apoderado hizo también alusión a que quien estructuró el proyecto fue OIU y no BTG Re Income, mencionando además que el propietario del inmueble donde se construiría el edificio no era ADAR PARTNERS S.A.S., sino Alessandro Saracino.

En cuanto al tiempo de entrega del proyecto, el apoderado de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en la contestación de la demanda manifestó que, aunque se presupuestó para el mes de junio de 2018, esta fecha era estimada y tentativa, pero no definitiva.

Respecto a los recursos financieros de las convocantes, se manifestó que se atendieron los llamados de capital, aclarando que Inlamm S.A.S. tuvo algunas dificultades con un aporte, que se subsanó.

Se informó en la contestación sobre los informes presentados a las convocantes, los cuales eran realizados por el Administrador Designado y no por la Fiduciaria, agregando que en algunas ocasiones se realizaron reuniones donde se les informaba a los convocantes sobre la situación del proyecto.

Se indicó igualmente en la contestación, que la sociedad Fiduciaria cumplió a cabalidad con las obligaciones y que su actuación fue diligente y cuidadosa, pues ésta no tenía a su cargo obligaciones de seguimiento de la ejecución presupuestal del proyecto por parte del constructor, del avance de las obras, de la planeación financiera del Patrimonio Autónomo Subyacente, de la negociación o contratación del endeudamiento para éste, ni tampoco del manejo y la disposición de los recursos del Fideicomiso Subyacente

La demandada BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. se pronunció con respecto a las pretensiones de la demanda de la siguiente manera:

1. *“No me opongo a que se declare que entre los convocantes y las convocadas se celebró el Contrato de Fiducia de Inversión, en los términos aceptados al dar respuesta el hecho primero de la demanda. Más que una pretensión se trata de un hecho sobre el cual no hay controversia.*
2. *Me opongo a las pretensiones de la demanda, las cuales carecen de fundamentos fácticos y jurídicos.*
3. *Solicito se condene en costas y agencias en derecho a la parte convocante”.*

En relación con las excepciones presentadas, enunció las que denominó 1. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – DILIGENCIA Y CUIDADO y 2. HECHO EXCLUSIVO DE TERCEROS – MATERIALIZACIÓN DE RIESGOS DE LA INVERSIÓN, a las que se hará referencia ampliada durante el desarrollo

del Laudo.

La demandada BTG PACTUAL FIDUCIARIA S.A., respecto a las pretensiones de la demanda, indicó lo siguiente:

*“Mi representada, con fundamento en los hechos probados y en las consideraciones jurídicas que se consignan en este escrito, se opone a las pretensiones de la demanda que se contesta, por cuanto carecen de sustento fáctico y jurídico, con excepción de la primera pretensión declarativa, concerniente a la celebración del Contrato de Fiducia de Inversión, a la cual no se opone mi representada.*

*En consecuencia, respetuosamente se solicita al H. Tribunal declarar probadas las excepciones de mérito que seguidamente se proponen, y, en consecuencia, denegar las pretensiones a las que me opongo, en el laudo arbitral que le ponga fin al presente proceso, teniendo en cuenta para el efecto los hechos probados, el marco normativo aplicable, las consideraciones jurídicas que más adelante se exponen, y las demás consideraciones relevantes que se expongan a lo largo de este trámite en las oportunidades procesales correspondientes”.*

En cuanto a las excepciones de mérito, propuso las que a continuación se relacionan, identificadas por su respectiva rotulación, respecto de las cuales, igualmente, se harán las correspondientes referencias ampliadas durante el desarrollo de la providencia: 1. Normatividad del Contrato de Fiducia de Inversión (*Pacta sunt servanda*); 2. Inexistencia de deberes de supervisión de 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; 3. Ausencia del nexo de causalidad entre los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y los perjuicios reclamados por las convocantes en la demanda; inexistencia de solidaridad entre las sociedades convocadas; 4. Hechos de terceros que excluyen la responsabilidad civil contractual de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.; y 5. Excepción genérica.

## **CAPÍTULO SEGUNDO - CONSIDERACIONES**

Como se ha mencionado, en este proceso intervienen como demandantes, las sociedades PANERAI S.A.S., INLAMM S.A.S., COURCELLES S.A.S., JARAMILLO BUSTAMANTE S.A.S. e INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ S.A.S. En lo sucesivo, el Tribunal se referirá a ellas, en conjunto, como las Convocantes, las Demandantes, la parte Convocante o la parte Demandante; sin perjuicio, desde luego, de su mención individual cuando ello corresponda.

En el extremo contrario intervienen como demandadas, las sociedades BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. En lo sucesivo, el Tribunal también se referirá a ellas, separadamente, como BTG Fiduciaria o la Fiduciaria BTG, en el primer caso, y como BTG Re Income o el Administrador Designado, en el segundo; y en conjunto, como las Convocadas, las Demandadas, la parte Convocada o la parte Demandada.

## **2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

### **2.1.1. JUICIO DE VALIDEZ DEL PROCESO – PRESUPUESTOS PROCESALES.**

Para este Tribunal Arbitral el proceso jurisdiccional es fuente de creación de una norma jurídica individual, y es por ello por lo que debe realizar la labor de revisar, con ocasión de la providencia decisoria del fondo de la controversia, todas las etapas del proceso, con la finalidad de corroborar que la fuente resulte legítima, puesto que de ello dependerán consecuentemente las condiciones de juridicidad del Laudo arbitral. Así pues, previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de un pronunciamiento de mérito, por las siguientes razones:

El Tribunal goza de la función jurisdiccional en los términos del Artículo 116 de la Constitución Política.

El Tribunal es competente para resolver todas las pretensiones de la demanda objeto del litigio como consta en el Auto No. 09 del ocho (08) de marzo de 2021, sin que ninguna de las partes lo recurriera.

Se constató el presupuesto de la demanda en forma, puesto que ella contiene todos los requisitos establecidos en el artículo 82 y concordantes del Código General del Proceso.

Las Demandantes y las Demandadas son personas jurídicas con capacidad de goce y de ejercicio. Así las cosas, tienen capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso por sí mismas. Las personas jurídicas demandantes comparecieron a través de apoderados especiales de acuerdo con poderes debidamente otorgados por los representantes legales indicados en los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio. Las Demandadas ejercieron el derecho de contradicción y nombraron apoderados especiales para la representación de cada una de ellas.

Las Demandantes y las Demandadas, en consecuencia, actuaron en los momentos procesales de que dan cuenta las actas correspondientes a las audiencias realizadas, a través de apoderados judiciales debidamente constituidos para el efecto, lo cual acredita el presupuesto del derecho de postulación.

El proceso se adelantó en todas sus fases e instancias con observancia de las normas procesales establecidas para el efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las partes. Respecto a las formas procesales (trámite adecuado y legalidad de las formas) el Tribunal actuó conforme a las prescripciones normativas aplicables, es decir, principalmente, la Ley 1563 de 2012, el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 y el Decreto 806 del 4 de junio de 2020.

### **2.1.2. JUICIO DE EFICACIA DEL PROCESO – PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA SENTENCIA.**

Se corrobora la existencia del interés para obrar, ya que se vislumbra un interés económico perseguido por las Convocantes en la demanda, no solo por tratarse de una reclamación de naturaleza mercantil sino por solicitar el pago de indemnizaciones e intereses, entre otras pretensiones económicas.

El Tribunal verifica, con base en la información que reposa en el expediente, que a la fecha de expedición del presente Laudo hay ausencia de: Cosa juzgada; Transacción; Desistimiento; Conciliación; Pleito pendiente o Litispendencia; y Prejudicialidad.

El Tribunal constató, en la oportunidad procesal y para los efectos correspondientes, los siguientes aspectos:

- Las Demandantes y las Demandadas pagaron oportunamente las sumas de dinero a su cargo, tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios;
- Los árbitros fueron designados de acuerdo al debido proceso y el tribunal se instaló en debida forma;
- Las controversias planteadas son susceptibles de transacción, son de libre disposición y no están prohibidas por el legislador para tramitarse por el proceso arbitral.

No hay causal de nulidad que afecte la actuación, la cual fue objeto de los controles de legalidad correspondientes, sin que ni las partes ni el Tribunal hubieran encontrado situación alguna susceptible de sanear.

Existe legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, por cuanto el Tribunal comprueba que en el caso que lo ocupa, desde la perspectiva formal y sustancial se cumple con el mencionado presupuesto de la legitimación en la causa por activa y pasiva puesto que las Demandantes y las Demandadas son las mismas personas que figuran como titulares y destinatarias de la acción.

### **2.1.3. PRESUPUESTOS DE LA BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA.**

Este presupuesto es el que se refiere a las debidas notificaciones y, por ende, el que genera la posibilidad de defensa y contradicción de las partes en el proceso,

de tal manera que se asegure que los actos procesales son aptos para cumplir la finalidad específica que les asigna la Ley procesal y que, efectivamente, sean conocidos por sus destinatarios. Así, pues, el auto admisorio de la demanda fue notificado por correo electrónico certificado a las Demandadas el día 23 de noviembre de 2020 (Cfr. Expediente Virtual (www.mascinfo.com.co), Documentos No. 33 y 34). Todos los demás actos procesales fueron notificados, bien en audiencia o en estrados, o bien por correo electrónico, tal como lo autorizan el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012, el artículo 294 del Código General del Proceso, el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 y el Decreto 806 del 4 de junio de 2020.

## 2.2. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA ARBITRAL Y METODOLOGÍA QUE SEGUIRÁ EL TRIBUNAL PARA RESOLVERLA.

Previo a acometer el estudio de fondo del litigio, el Tribunal estima oportuno sentar, brevemente, las directrices básicas que desde esa perspectiva orientan su actuación, concebidas en función de los linderos temáticos involucrados en la controversia.

El presente Laudo se profiere, como debe ser, con sujeción a los lineamientos trazados en el artículo 280 del Código General del Proceso y honrando el principio de la *congruencia* del fallo, teniendo en cuenta los hechos y las pretensiones de la demanda, de un lado, y las respectivas defensas y excepciones propuestas contra las correspondientes pretensiones, del otro, tal como lo prescriben los artículos 281 y 282 *ibidem*, cuestión sobre la cual -valga decirlo-, las Convocadas hicieron énfasis en sus respectivos alegatos de conclusión.

Sobre ese particular, BTG FIDUCIARIA señaló que “(...) *en los escritos con los que se recorrió el traslado de las excepciones de mérito, los apoderados judiciales de los convocantes no se limitaron a pedir pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan (C.G.P., artículo 370), sino que introdujeron, de manera contraria al debido proceso, otros hechos y señalamientos en contra de mi representada, no incluidos en la demanda subsanada, que seguidamente se sintetizan (...)*”<sup>10</sup>; y BTG RE INCOME, por su lado, manifestó que “*En la demanda se atribuyó responsabilidad a las convocadas con base en las imputaciones que se concretaron en los hechos 16 a 23 y 32 a 34. Estos hechos e imputaciones delimitan el marco de la competencia arbitral. En este caso, esta anotación resulta relevante toda vez que en la etapa probatoria se introdujeron aspectos fácticos e imputaciones novedosas, respecto de las cuales las convocadas obviamente no pudieron referirse en las respuestas a las demandas por no haber sido planteados. Las alegaciones planteadas por las convocantes en los escritos por los cuales recorrieron el traslado de las excepciones no modifican el marco fáctico trazado en la demanda, toda vez que la finalidad de ese traslado consiste exclusivamente en solicitar pruebas respecto de los hechos*

<sup>10</sup> Los describe separadamente respecto de cada uno de los apoderados judiciales de las convocantes, a páginas 67 y 68 del alegato.

*materia de las excepciones*<sup>11</sup>.

Como es sabido, la delimitación de la controversia, conforme a las directrices normativas citadas -los artículos 281 y 282 del CGP-, está determinada por lo planteado en las pretensiones de la demanda, incluida la referenciación de los hechos que se invocan para sustentarla, y en la posición esgrimida en los respectivos escritos de contestación, incluidas las manifestaciones de oposición y las excepciones de mérito formuladas.

Bajo esta perspectiva ha de tenerse en cuenta que a voces del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, vencido el traslado de la demanda se correrá uno al demandante “*por el término de cinco (5) días, dentro de los cuales podrá solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se funden las excepciones de mérito*”, a partir de lo cual es razonable entender, abstracción hecha de la no total claridad literal de la disposición<sup>12</sup>, que tal actuación no habilita la extensión del debate a cuestiones no planteadas en la demanda, lo que -también conviene puntualizarlo- no excluye que se presente el escenario en el que eventualmente en la oportunidad procesal mencionada se pueden concretar o desarrollar planteamientos de alguna manera comprendidos en los hechos y/o en las pretensiones de la demanda -no serían cuestiones propiamente “nuevas”-, desde luego también considerando el perfil y alcance de las defensas propuestas en la contestación, de modo que corresponde al operador judicial, en cada caso, ponderar de manera de manera adecuada e integral las situaciones que en este campo se presentan, con el propósito de no pecar por exceso ni por defecto, como lo hará el Tribunal en el asunto *sub-lite*. En este sentido, que no haya una mención explícita en la demanda a un hecho o circunstancia puntual no significa, automáticamente, que no forma parte del debate, pues es posible que se trate de eventos que quedan comprendidos en formulaciones relativamente abiertas del *petitum* o de la *causa petendi*, que razonablemente se pueden y deben tener como comprendidas en los linderos del litigio, máxime si fueron objeto de consideración dentro de etapas subsiguientes del trámite, como la probatoria y la de alegación.

Como se aprecia en el recuento de los antecedentes del litigio, las diferencias sometidas a decisión arbitral están asociadas a la responsabilidad que imputan las Convocantes a las Convocadas alegando el incumplimiento del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión celebrado el 13 diciembre 2017 entre aquéllas, en calidad de Fideicomitentes, y BTG Fiduciaria -en calidad de Fiduciario, por supuesto-, el cual también fue suscrito por BTG Re Income, en calidad de Fideicomitente y de Administrador Designado, según se indica en el texto negocial.

---

<sup>11</sup> Párrafo inicial del literal A. del capítulo IV. del alegato.

<sup>12</sup> Por ejemplo, se discuten hipótesis como (i) si ese traslado debe o no realizarse en tratándose de contestaciones de demanda en las que, aún manifestando oposición, no se formulan excepciones de mérito; y (ii) si al descorrer el traslado lo único que procede es pedir pruebas -no es lo que dice la letra de la norma-, o si es conducente pronunciarse sobre las excepciones, aún si pedir pruebas.

El objeto del referido Contrato consistió en la constitución de un patrimonio autónomo por intermedio del cual se haría una inversión en derechos fiduciarios de un patrimonio autónomo subyacente, que a su vez tenía como objeto el desarrollo de un proyecto denominado “*Boho Food Market*”, vinculación que en efecto ocurrió mediante la formalización, el 1º de marzo de 2018, del Otrosí Integral No. 01 al Contrato de Fiducia de Administración y Pagos, constituido en Alianza Fiduciaria S.A.

En concreto, las Convocantes en su demanda solicitan se declare “*que las Convocadas incumplieron las obligaciones contraídas en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, celebrado el 13 de diciembre de 2017 con las Convocantes*”, y que éstas “*son contractual y solidariamente responsables de los perjuicios patrimoniales causados*” como consecuencia del referido incumplimiento (pretensiones segunda y tercera).

En apoyo de su reclamación, las Convocantes invocan en el capítulo de los “HECHOS” diversos elementos y circunstancias, de variada estirpe y alcance, que conviene rememorar brevemente.

Al referirse al “*B. El Proyecto, su desarrollo y su fracaso*”, tras indicar que “*12. En informe de seguimiento de enero de 2019, la Fiduciaria señaló que nuevamente se aplazaba la fecha proyectada de entrega para junio de 2019*”, afirman que “*13. Las Convocantes, que para ese momento confiaban enteramente en la gestión profesional de la Fiduciaria y en la representación que le encomendaron al Administrador Designado, esperaban la consolidación del Proyecto, que supuestamente iba por buen camino y pronto daría importantes réditos económicos. Ni el Administrador Designado ni la Fiduciaria informaron a las Convocantes de manera oportuna sobre alguna situación que pudiera comprometer el éxito de la inversión*”; y que “*14. Luego de varios meses de incertidumbre y de falta de información, las Convocantes empezaron a requerir a la Fiduciaria y al Administrador Designado para que cada uno rindiera cuentas de su gestión y explicara detalladamente el estado del Proyecto. Así, sólo en marzo de 2020, luego de varias reuniones, requerimientos y respuestas a derechos de petición, las Convocantes vinieron a advertir que el Proyecto es un completo fracaso y que la cuantiosa inversión que hicieron en el mismo se perdió*” (lo destacado es del texto).

En el mismo acápite de la demanda las Convocantes afirman que “*15. La situación actual del Proyecto, que sólo vino a ser informada por las Convocadas a las Convocantes cuando ya la pérdida de la inversión era irreversible, se refleja en hechos como los siguientes*”, que describen bajo los rótulos de “*a) OBRA CONSTRUCTIVA INCOMPLETA*”, “*b) INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTOS*”, “*c) DESVÍO O MALVERSACIÓN DE LOS RECURSOS*”, “*d) SOBREENDEUDAMIENTO DEL FIDEICOMISO SUBYACENTE*” y “*e) ENAJENACIÓN IRREGULAR DEL INMUEBLE A ENTIDAD FINANCIERA PARA SOLVENTAR DEUDA*”.

A renglón seguido, aludiendo a “C. Los incumplimientos de las Convocadas y el perjuicio de las Convocantes”, en la demanda se aduce que “16. La situación actual del Proyecto, que conduce a la pérdida absoluta de la inversión de las Convocantes, sólo se explica por la absoluta negligencia de las Convocadas, que dejaron de advertir y tomar acciones oportunas para subsanar las irregularidades tales como incumplimiento de presupuestos por parte del constructor, obra constructiva incompleta y en riesgo de ruina o deterioro irrecuperable, sobrecostos imprevistos y nunca advertidos, sobreendeudamiento del fideicomiso subyacente, pérdida de supuestas alianzas estratégicas, desvío o malversación de los recursos y enajenación irregular del inmueble a entidad financiera para solventar deuda anterior a través de la figura de leasing”; que “17. (...) las Convocadas -muy a pesar de la cuantiosa remuneración recibida por sus gestiones- se desentendieron por completo de sus obligaciones, permitiendo que la situación del Proyecto se agravara cada día más y llegara al punto irreversible en que hoy se encuentra. Si no fuera por esa evidente desatención de las prestaciones contractuales, ¿cómo se explica que teniendo el Patrimonio Autónomo un 80% de participación en el Patrimonio Autónomo Subyacente, apenas en marzo de 2020 (cuando ya la situación era gravísima) las Convocadas hubiesen empezado a tomar acciones para defender los derechos de las Convocantes, que debían salvaguardar?”; que “18. (...) las Convocadas incumplieron, de manera flagrante, su deber de información frente a las Convocantes. Los escasos informes rendidos nunca dieron cuenta de la situación real del Proyecto (...)”; que “19. Al parecer las Convocadas entendieron, o quisieron entender, que sus funciones se limitaban a recibir unos recursos de las Convocantes y los demás inversionistas, y trasladarlos (dejándolos a su suerte) al Patrimonio Autónomo Subyacente, sin necesidad de hacer el debido control, vigilar las inversiones, gestionar los riesgos, pedir cuentas, y en general, apersonarse de los derechos de las Convocantes. De haber sido ese el interés de los inversionistas al celebrar el Contrato, ¿para que habrían designado una Fiduciaria que administrara la inversión (pudiéndola hacer directamente en el Patrimonio Autónomo Subyacente), y más aún, para que habrían nombrado a un Administrador Designado que representara sus derechos, ambos con una cuantiosa remuneración?”; que “20. Nada explica, salvo una grosera negligencia, que la Fiduciaria haya dejado de exigir, como lo habría hecho cualquier profesional fiduciario prudente y diligente, una gestión oportuna y ajustada a sus funciones por parte del Administrador Designado, en su labor de representación de los intereses de los inversionistas ante el Patrimonio Autónomo Subyacente. Es evidente que la Fiduciaria, con su actitud totalmente pasiva, no actuó -como se lo exigía el Contrato- en el solo beneficio de los Fideicomitentes, pues parece haber privilegiado el vínculo corporativo que tiene (en claro conflicto de interés) con el Administrador Designado (...)”; y que “21. (...) sin mediar ningún tipo de autorización e incumpliendo el deber de confidencialidad y reserva del contrato de fiducia mercantil y del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero vigente, la Fiduciaria ha difundido públicamente información de las operaciones de inversión de personas vinculadas con algunas de las Convocantes (...)” (lo destacado es del texto).

En relación, específicamente, con la conducta del Administrador Designado, las Convocantes manifiestan que “22. (...) inobservó de manera grave sus obligaciones contractuales, en el entendido de que no realizó ninguna gestión, vigilancia, inspección o cualquier tipo de diligencia oportuna para defender los derechos de los Fideicomitentes, situación que ha desencadenado el estado actual del proyecto. Tampoco se preocupó por representar de forma diligente y oportuna, como se lo exigía el Contrato, los derechos del Patrimonio Autónomo en el Patrimonio Autónomo Subyacente y ejercer allí los derechos políticos y económicos, lo que lo obligaba a estar atento, día a día, del desarrollo del Proyecto (como lo haría cualquier mandatario remunerado, con mínima diligencia), advirtiendo y supervisando los riesgos, vigilando la inversión de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente, pidiendo que se rindieran cuenta y objetándolas si era del caso, y representando a los Fideicomitentes en los mecanismos de participación de dicho Patrimonio Autónomo, funciones que omitió por completo, a pesar de tener la personería del 80% de los derechos fiduciarios en el fideicomiso administrado por Alianza Fiduciaria”, a partir de lo cual, en el siguiente numeral -23.-, condensan un paralelo de las funciones a él asignadas en el Contrato y los incumplimientos correlativos que le imputan, que comprenden aseveraciones como las siguientes: que “(a) (...) Pudo comprobarse en el estudio de la información allegada a través de derechos de petición y una acción de tutela, que el Administrador Designado realizó una pésima labor de administración de los recursos en representación de los Fideicomitentes; (...) no realizó ningún acto de vigilancia, inspección ni supervisión en el fideicomiso subyacente (...)”; que “(b) (...) sólo instruyó en dos ocasiones a la Fiduciaria para que desembolsara la totalidad de los aportes de los Fideicomitentes al P.A. Subyacente (...) Los recursos provenientes de este llamado de capital fueron desembolsados inmediatamente al fideicomiso subyacente sin verificar estado de obra, cumplimiento de presupuestos, informes de interventoría, entre otros aspectos que confirmarían un buen estado de obra. Esas instrucciones de giro fueron otorgadas directamente por el Administrador Designado, motivado por la gerencia del proyecto OIU S.A.S. para el pago de sus propias acreencias en virtud de los contratos de mutuo que había celebrado este con el fideicomiso subyacente”; que “(c) (...) se tiene como muestra evidente de mala fe, el hecho de instruir a la Fiduciaria de suscribir el contrato de fiducia de administración y pagos subyacente con Alianza Fiduciaria a sabiendas que el Administrador Designado tenía acreencias por más de TRES MIL MILLONES DE PESOS (\$3.000'000.000). (...)”; que “(d) No se tiene constancia de un manejo de los recursos diferente al desembolso casi inmediato al fideicomiso subyacente de los recursos girados por cada fideicomitente, sin verificar estados de obra, cumplimiento de presupuestos, informe de interventoría y cualquier otra condición que pudiese acreditar la diligencia y cuidado del administrador de los recursos”; que “(e) De acuerdo con la información allegada por el mismo Administrador Designado se pudo comprobar que durante la vigencia de la obra del Proyecto no realizó derecho de inspección y análisis de los informes que entregaba Alianza Fiduciaria S.A., esto es posible deducirse después de que solo en marzo de 2020, luego de radicados los derechos de petición (reclamaciones formales) por parte de los Fideicomitentes, inició averiguaciones y recolección

*de información, tanto así que en respuesta dada en Abril de 2020 señalaba que aún se encontraba estudiando la información y solo hasta finales de julio de 2020 iniciaron reclamaciones formales contra el señor Camilo Ayerbe y la fiduciaria Alianza Fiduciaria S.A. por su supuesta responsabilidad. (...). El Administrador Designado no asistió ni solicitó la convocatoria de Asamblea de Fideicomitentes en el fideicomiso subyacente, a pesar del fracaso evidente del mismo y de los inconvenientes con el Gerente de este fideicomiso (...). Cabe señalar que el Administrador Designado tenía la potestad y el deber de hacerlo en aras de esclarecer cualquier anomalía que ocurriese, máxime al tener la representación de un 80% de participación sobre los derechos fiduciarios”; y que el Administrador Designado “(f) (...) no realizó hasta la fecha ninguna objeción a las rendiciones de cuenta presentadas por la Fiduciaria sobre el fideicomiso original (...). De igual modo, a pesar de la grave situación que atraviesa el fideicomiso subyacente, de extrema iliquidez, incumplimiento de anticipos girados e incumplimiento de los presupuestos y cronogramas de obra, se tiene constancia de que ninguna de las rendiciones de cuenta presentadas por fiduciaria Alianza Fiduciaria fue objetada (...)”.*

*Al decir de las Convocantes en el mismo capítulo, “24. Según comunicación de la Fiduciaria, el total fracaso del Proyecto narrado anteriormente, el retraso injustificado de más de 20 meses y la indebida administración que aconteció en el proyecto inmobiliario BOHO MARKET 18, se explica en la naturaleza de riesgos de mercado a los que estaban sometidos los recursos del fideicomiso (...). (...) olvida la Fiduciaria que en este fideicomiso subyacente ella reporta un 80% del total de derechos fiduciarios y ostenta deberes de fideicomitentes y beneficiario del mismo, los cuales desinteresadamente dejó pasar y perdió la custodia total de los bienes fideicomitados y puestos a su disposición (...)”.*

*Según las Convocantes, “25. En el Contrato se nombró al Administrador Designado BTG RE INCOME S.A.S., en quien terminaron delegándose funciones inherentes a la Fiduciaria. Sin embargo, por pertenecer al mismo grupo económico y empresarial, se generó un evidente conflicto de interés, y se pudo verificar que algunos deberes delegados por la Fiduciaria en este Administrador Designado tenían vocación de ser incumplidos por tratarse de un ente más pequeño y no vigilado”; aducen, en ese sentido, que “26. (...) el objeto contractual de la inversión de los recursos en el fideicomiso subyacente no implicaba necesariamente la delegación de funciones pues estas son inherentes o naturales a la profesión y al giro ordinario de la actividad de cualquier fiduciaria, más aún cuando se trata de una fiducia mercantil de inversión de recursos”, de modo que, previa referenciación del artículo 1234 del Código de Comercio y de algún pronunciamiento de la Superintendencia Financiera, “29. Aparentemente, la figura de Administrador Designado que se encuentra en el esquema fiduciario propuesto por la Fiduciaria, tuvo su origen en limitar su responsabilidad contractual y perjudicar los intereses directos de los Fideicomitentes (...)”.*

Para las Convocantes, tal como lo expresan en el mismo capítulo destinando al recuento de lo fáctico, “31. La Fiduciaria ha faltado a sus deberes de lealtad contractual, buena fe y de equivalencia de la información y ha inobservado sus obligaciones contractuales de **identificar, prevenir, mitigar riesgos, gestionarlos en caso de ocurrencia**, y especialmente ha faltado a su deber de rendir cuentas, dado que sus informes han sido incompletos, erróneos, disuasorios y parcializados”; “32. La situación actual del Proyecto es tan extrema y de tal magnitud, que en un reciente informe extraordinario remitido por la Fiduciaria el 30 de abril, se advierte que existe un riesgo de perder la tenencia material del inmueble sobre el cual se desarrollaría el Proyecto (ya que la titularidad jurídica se perdió cuando se transfirió a Bancolombia S.A. en virtud de un contrato de Leasing), pues Bancolombia declaró el incumplimiento del contrato de leasing y solicitó la restitución del inmueble”; “33. Muestra de la mala fe de la Fiduciaria (...) es que el contrato de Leasing suscrito con Bancolombia S.A., tuvo a la Fiduciaria en el momento de su celebración (25 abril de 2019) como avalista de las obligaciones en cabeza del Locatario (el Patrimonio Autónomo Subyacente), y el 12 de septiembre de 2019, cuando ya la obra se encontraba suspendida por iliquidez, la Fiduciaria **suscribió otrosí** al contrato de Leasing Nro. 223629 con el único y exclusivo objetivo de eliminar a esta sociedad fiduciaria como avalista del Locatario (...)”; y “34. La situación actual del Proyecto, causada por la negligencia de las Convocadas, ha dado lugar a la pérdida absoluta de la inversión realizada por las Convocantes, y a la privación del lucro que les habría representado el Proyecto, de haber sido exitoso” (lo destacado es del texto).

En el extremo procesal contrario, BTG Fiduciaria se opone a las pretensiones de la demanda por cuanto, según su dicho, carecen de sustento fáctico y jurídico, con excepción de la primera pretensión declarativa, concerniente a la celebración del Contrato de Fiducia de Inversión. Formula las excepciones de mérito que, además de la “genérica” rotula y plantea como pasa a describirse.

Aduce, en primer lugar, “1. Normatividad del Contrato de Fiducia de Inversión (Pacta sunt servanda)”, para señalar que “En el presente proceso no se discute la existencia, validez y eficacia del Contrato de Fiducia de Inversión. (...). Por lo que concierne al conocimiento y entendimiento del Contrato de Fiducia, siendo las convocantes regidas por la ley comercial, sus respectivos administradores debieron obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios. (...). En particular, las convocantes tienen el deber jurídico de respetar los siguientes aspectos del Contrato de Fiducia de Inversión”: la naturaleza, objeto y finalidad del contrato, señalando que la Fiduciaria BTG cumplió cabalmente con la gestión que le fue encomendada y que cuando se adquirieron los derechos fiduciarios, la obra de construcción del proyecto se desarrollaba normalmente y no se conocía evidencia de irregularidades en el manejo de los recursos; la política de inversión de los Bienes Fideicomitidos, establecida en la Sección 4.2, literales (a) y (b) del Contrato; la designación del Administrador Designado, con obligaciones establecidas el Contrato, diferenciadas de las que estaban a cargo de BTG Fiduciaria -lo que era conocido estaba aceptado por las

Convocantes-, sin incluir deberes de supervisión respecto de las acciones del Administrador Designado, ni obligaciones de seguimiento de la ejecución presupuestal del proyecto, ni del avance de las obras, ni de la planeación financiera del Patrimonio Autónomo Subyacente; los riesgos inherentes a la inversión a realizar, asumidos por los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, señalando que el contrato tiene una función de asignación de los riesgos asociados a la operación económica que las partes persiguen con la celebración del negocio jurídico, los cuales se reparten entre ellas según lo previsto expresamente al respecto en el reglamento contractual o en su defecto conforme a lo dispuesto en la ley aplicable; que en el caso de la fiducia de inversión, le corresponden naturalmente al fideicomitente los riesgos propios de la inversión que aquél escoge y decide llevar a cabo y al fiduciario le está vedado asegurar rentabilidades o resultados financieros de tales inversiones; que, en esa línea, las Convocantes, como Fideicomitentes, asumieron los riesgos inherentes a la inversión realizada en derechos fiduciarios, en particular, en la órbita del Patrimonio Autónomo Subyacente, los riesgos de contraparte, de desarrollo y de construcción del proyecto, sin que BTG Fiduciaria tuviera la obligación de celebrar contrato alguno para la construcción, interventoría y desarrollo del proyecto, lo cual le correspondía al Gerente del mismo, ni la obligación de supervisar la ejecución de los contratos celebrados por el Gerente del Proyecto, ni le correspondiera lo relativo a la recepción, el manejo y la disposición de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente.

Invoca, en segundo término, la “2. *Inexistencia de deberes de supervisión de 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*”, para señalar, en esencia, que “(...) *BTG PACTUAL FIDUCIARIA, cumplió cabalmente con la gestión que le fue encomendada, consistente en invertir los bienes fideicomitados, esto es, los dineros aportados por los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, de acuerdo con lo previsto en éste, y en particular según la política de inversión establecida, 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 irregularidades en el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente*” (lo destacado es del texto).

Sostiene que hay “3. *Ausencia del nexo de causalidad entre los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y los perjuicios reclamados por las convocantes en la demanda; inexistencia de solidaridad entre las sociedades convocadas*”, para señalar que, aún suponiendo los incumplimientos imputados, ninguno de los supuestos incumplimientos habría tenido la virtualidad de ocasionar el perjuicio cuya indemnización se pide, toda vez que la parálisis del proyecto y su situación actual fueron causadas en realidad por hechos de terceros, no imputables a las Convocadas, y en particular por la desviación indebida de cuantiosos recursos por parte del Gerente del

proyecto; agrega que *“De otra parte, se advierte que el fenómeno jurídico de la solidaridad requiere en todo caso de una fuente contractual o legal, que no existe en el presente caso, toda vez que en el Contrato de Fiducia de Inversión no se pactó solidaridad alguna entre BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y RE INCOME, respecto de las obligaciones establecidas a cargo de cada una, y no existe fuente legal que disponga tal solidaridad entre ellas (...)”*.

Por último, plantea la existencia de *“4. Hechos de terceros que excluyen la responsabilidad civil contractual de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”*, para señalar 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), (...), 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”*; afirma que *“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, e 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”*.

BTG Re Income, por su lado, igualmente se opone a las pretensiones de la demanda -con excepción de la relativa a que se declare que entre las convocantes y las convocadas se celebró el Contrato de Fiducia de Inversión-, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, y formula las excepciones de mérito que denomina *“1. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – DILIGENCIA Y CUIDADO”* y *“2. HECHO EXCLUSIVO DE TERCEROS – MATERIALIZACIÓN DE RIESGOS DE LA INVERSIÓN”*.

En la primera, plantea que cumplió oportunamente las obligaciones, funciones y deberes establecidos a su cargo como Administrador Designado en el Contrato de Fiducia de Inversión, y reitera, en cuanto a la realización de las inversiones, que instruyó a la Fiduciaria BTG para transferir los recursos conforme a lo previsto en el Contrato de Fiducia de Inversión, agregando como hechos de su cumplimiento contractual, que recibió y analizó periódicamente la información emanada de Alianza Fiduciaria y de OIU, con base en la cual presentó informes a los Fideicomitentes, y que una vez conoció sobre la existencia de señales de alarma o alerta, realizó indagaciones y estudios necesarios para identificar las causas de la problemática del proyecto; agrega que el Administrador Designado no asumió ni contractual ni legalmente los deberes propios de Alianza ni de OIU, ni estaba obligado ni facultado para actuar como administradora del Patrimonio Autónomo Subyacente o como interventora de la construcción. En la segunda,

esgrime planteamiento similar al plasmado en la contestación de la demanda de BTG Fiduciaria.

Como se aprecia, en términos generales es amplio el espectro de las cuestiones sobre las que debaten las partes del proceso, pues ciertamente son comprensivas varias de las formulaciones utilizadas en la demanda al cuestionar la conducta de las Convocadas durante la ejecución contractual, sea por el tipo de imputación, ora por el alcance de la invocación de las obligaciones incumplidas<sup>13</sup>, como también lo es la de alguna de las excepciones propuestas<sup>14</sup>; pero en todo caso, los planteamientos fácticos y circunstanciales consignados en la piezas procesales conducentes -según lo puntualizado- serán referente de observancia para efectos del respeto del mencionado principio de congruencia de las decisiones judiciales, con la ponderación adecuada e integral que el Tribunal estime pertinente<sup>15</sup>.

Por supuesto, considerará el Tribunal todos los planteamientos esgrimidos por las partes en sus alegaciones, sin que sea necesario aludir a ellos individualmente, ni en detalle, pues centrará la atención en los aspectos y argumentos que a su juicio sean relevantes y suficientes para determinar la orientación de sus decisiones sobre las cuestiones que son materia de la controversia.

Desde luego, el Tribunal desarrollará su análisis en el marco del derecho sustancial aplicable, acudiendo al acervo probatorio disponible aportado por las partes, que apreciará conforme a los parámetros propios de la *sana crítica*, siguiendo el mandato legal consignado en el artículo 176 del Código General del Proceso.

Para el propósito anunciado, el Tribunal inicialmente se referirá al marco legal y jurisprudencial que estima aplicable, contexto en el cual hará algunas consideraciones sobre (i) el contrato de fiducia mercantil y la figura del “Administrador Designado”, (ii) los requisitos de la responsabilidad contractual, tanto la general como la particular propia de actores del perfil profesional de las Convocadas (responsabilidad profesional y/o responsabilidad fiduciaria, y (iii) la situación jurídica usualmente conocida como “coligación contractual”. Luego presentará el marco contractual de referencia, con alusión, obvia por lo demás, a los contenidos convencionales inmersos, principalmente en el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión administrado por BTG Fiduciaria y en el de Administración y Pagos administrado por Alianza, los cuales desarrollará a lo

<sup>13</sup> Vr. gr. cuando se imputa “*absoluta negligencia de las Convocadas, que dejaron de advertir y tomar acciones oportunas para subsanar las irregularidades*”; o cuando se afirma que “*se desentendieron por completo de sus obligaciones*”; o cuando se expresa que el Administrador Designado “*no realizó ningún acto de vigilancia, inspección ni supervisión en el fideicomiso subyacente*”; o cuando se aduce que “*La Fiduciaria ha faltado a sus deberes de lealtad contractual, buena fe y de equivalencia de la información y ha inobservado sus obligaciones contractuales de identificar, prevenir, mitigar riesgos, gestionarlos en caso de ocurrencia*”.

<sup>14</sup> Como la invocada por BTG RE INCOME con el rótulo de “1. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – DILIGENCIA Y CUIDADO”, ya reseñada.

<sup>15</sup> Por ejemplo, el Tribunal advierte que las imputaciones de incumplimientos no se agotan en las planteadas en los numerales 16 a 23 y 32 a 34 del capítulo de “HEHOS” de la demanda, tal como lo afirma en su alegato BTG RE INCOME, pues también se hacen reparos de conducta en otros numerales del mismo acápite, como el 13, 14, 15, 24, 25, 26 y 31.

largo de la providencia. Y posteriormente se concentrará en el análisis específico de la responsabilidad deprecada en el asunto *sub-lite*, con natural énfasis en el examen de la configuración o no de los incumplimientos atribuidos a las Convocadas y, de ser pertinente, de la existencia o no del daño reclamado y del correspondiente nexo causal. Además, después de recapitular el pronunciamiento específico sobre las pretensiones y la excepciones, el Tribunal consignará su posición en temas adicionales de su resorte -juramento estimatorio y conducta procesal- y al relativo a costas. Por último, por supuesto, en el capítulo resolutivo, consignará las decisiones de rigor.

## **2.3. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE**

### **2.3.1. EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL Y LA FIGURA DEL “ADMINISTRADOR DESIGNADO”.**

Como ya se precisó, la presente controversia arbitral gira en torno, principalmente, del incumplimiento que las Convocantes le endilgan a las sociedades Convocadas del Contrato de Fiducia de Inversión celebrado el 13 de diciembre de 2017 -cuyo clausulado involucra la figura del “Administrador Designado”-, como consecuencia de lo cual persiguen el reconocimiento y pago de los perjuicios patrimoniales que alegan haber sufrido, por lo que encuentra pertinente el Tribunal, como primera medida, destacar algunos lineamientos básicos de la figura contractual mencionada -la Fiducia- a la luz de lo establecido en la ley y en la jurisprudencia, complementada con la referencia correspondiente al perfilamiento jurídico predicable del Administrador Delegado.

Como bien lo describe el artículo 1226 del Código de Comercio, el contrato de fiducia se concibe como 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”*.

A partir de su enunciado legal, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado las características fundamentales de esta categoría contractual:

*“La descripción normativa de dicha institución permite resaltar los tres elementos que la estructuran: i) la intervención de un profesional cuya función es cumplir de manera solvente los compromisos propios del pacto, quien, por disposición de la Ley 45 de 1990, debe ser una persona jurídica; ii) el patrimonio autónomo que se forma, concomitantemente, a la génesis de la convención, constituido por los bienes que el fideicomitente ha dispuesto transferir; y, iii) el objetivo pretendido con el contrato que, dependiendo las necesidades y propósitos de las partes, será la ‘finalidad determinada por el constituyente’”<sup>16</sup>.*

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5438-2014 de 26 de agosto de 2014.

Fuera del carácter profesional del fiduciario, sobre lo que el Tribunal volverá más adelante por su especial relevancia de cara a la responsabilidad contractual deprecada en el presente trámite, por ahora se quiere llamar la atención de los otros dos elementos estructurantes del contrato de fiducia en general.

En cuanto a la configuración de un patrimonio autónomo, como también lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, es claro que el contrato de fiducia, en aspecto que lo diferencia de los simples encargos fiduciarios, *“implica la transferencia de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciante al fiduciario, quien, por tanto, adquiere la titularidad del derecho de propiedad, aunque nunca de manera plena, ni definitiva, stricto sensu (art. 1244 C. de Co.), sino en la medida necesaria para atender los fines establecidos primigeniamente por el fideicomitente (propiedad instrumental).”*<sup>17</sup>

Respecto del objeto que puede revestir el contrato de fiducia, la jurisprudencia ha sido explícita en señalar la versatilidad que caracteriza a esta tipología negocial, toda vez que sirve de vehículo jurídico para la consecución de múltiples propósitos y finalidades. Según la propia Corte, *“(...) la ley precisó el contenido de la obligación del fiduciario: administrar o enajenar los bienes fideicomitidos (art. 1234 ib.), pero no impuso limitación alguna en lo tocante con el propósito de la fiducia, de suerte que este puede ser delineado con libertad por el fideicomitente, desde luego que no en términos absolutos, como quiera que siempre deberán respetarse los límites impuestos por la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres (arts. 16 y 1524 inc. 2 C.C.)... conviene señalar que esa finalidad determinada por el constituyente, es la que hace de la fiducia mercantil un negocio jurídico dinámico, amén que “elástico”, en la medida en que puede servir para múltiples propósitos, como se evidencia en algunas de sus modalidades: fiducias de inversión, inmobiliaria, de administración, en garantía, etc., todas ellas manifestaciones de un negocio jurídico dueño de una propia y singular fisonomía, a la vez que arquitectura, que no puede ser confundido con otras instituciones, como el mandato, la estipulación para otro, o incluso el encargo fiduciario, como recientemente lo señaló esta Sala (Sent. de noviembre de 2005; exp.: 03132-01)”*<sup>18</sup>.

Dentro de los diferentes tipos de fiducia mercantil reconocidos normativamente se encuentra, como se anticipó, el fideicomiso de inversión, el cual, a voces de lo establecido en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es una operación autorizada a la sociedades fiduciarias consistente en *“(...) 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*

---

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 14 de 2006. Radicación 05001-3103-012-1999-1000-01.

<sup>18</sup> *Ibidem.*

*cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente y con lo previsto en el presente Estatuto”.*

El Tribunal observa que el contrato celebrado entre las partes de este proceso, en efecto, es un negocio jurídico que corresponde, en lo concerniente a BTG Fiduciaria, a un contrato de fiducia mercantil de inversión. El propio contrato se titula con esta nominación, siendo la Fiduciaria BTG la sociedad que interviene con ese carácter, por un lado, y por el otro, quienes allí figuran como tal (Anexo A), o quienes luego adquirieron dicha condición por una cesión, son tanto los fiduciantes como beneficiarios del negocio jurídico. Las propias Secciones 2.1 y 2.2 del texto negocial reiteran que el contrato celebrado es de fiducia mercantil de inversión, expresión del consentimiento recíproco exteriorizado por los intervinientes, lo que implica la transferencia de unas sumas de dinero por parte de los Fideicomitentes al Patrimonio Autónomo -de Inversión- administrado por BTG Fiduciaria, para que ésta le diera la destinación indicada por aquéllos en sus instrucciones. De manera particular se trata de un *“fideicomiso de inversión con destinación específica”*, que según lo señalado en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera *“Es el negocio en el cual se consagra como finalidad principal la inversión o colocación a cualquier título de sumas de dinero, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el constituyente”*<sup>19</sup>.

Observa también el Tribunal que el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión sobre el que versa este proceso estipula en su artículo IV las normas aplicables a los llamados de capital y a la inversión de los bienes fideicomitidos (dinero), sin que allí se indique en concreto que tales recursos irían, como luego sucedió según estaba propuesto y predefinido desde que BTG ofreció a sus clientes la participación en el negocio proyectado, al Patrimonio Autónomo Subyacente administrado por la compañía Alianza Fiduciaria S.A.

Las normas que rigen este contrato, en lo atinente al negocio fiduciario de inversión en sí, son, además de sus propias cláusulas en la medida en que no vulneren normas imperativas (artículo 1602 del Código Civil), los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio y las normas pertinentes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. A todo ello hay que sumar también las disposiciones incluidas en las Circulares Básicas Jurídica y Contable de la Superintendencia Financiera más otras normas sobre el particular proferidas por esta misma entidad.

Como bien lo expresa el artículo 1226 del Código de Comercio y ha tenido ocasión de precisarlo la Corte Suprema de Justicia<sup>20</sup>, las partes del contrato de fiducia mercantil son el constituyente, fiduciante o fideicomitente, por un lado, y el fiduciario, por el otro. El primero, como de manera concreta lo ha señalado la jurisprudencia, es *“quien como titular del dominio de uno o más bienes lo*

---

<sup>19</sup> Numeral 8.1 (Parte II, Título II, Capítulo I).

<sup>20</sup> Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 1 de 2009. Radicación 11001-3103-039-2000-00310-01.

*transfiere para conformar un patrimonio autónomo destinado a una finalidad fiduciaria en su provecho o en el de un tercero beneficiario”; el segundo es “quien en calidad de titular del interés sobre los servicios fiduciarios, adquiere la propiedad fiduciaria para aplicarla a los fines señalados”*<sup>21</sup>.

Lo anterior, por supuesto, no significa que fruto del ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad privada, las partes del contrato no puedan pactar válidamente la inclusión de terceros que, desde luego, sin suplantar o reemplazar a la sociedad fiduciaria en sus funciones indelegables (artículo 1234 *ibídem*), entren a participar en ciertos aspectos relacionados con la administración o ejecución del fideicomiso, respecto de los cuales, siguiendo la directriz trazada por la Superintendencia Financiera para los “*órganos asesores y/o administradores*”, en el negocio fiduciario correspondiente “*deben señalarse sus atribuciones*”.<sup>22</sup>

Bajo este especial contexto jurídico encuentra explicación y justificación que en desarrollo de dicho principio de la autonomía de la voluntad privada, las partes del Contrato de Fiducia de Inversión celebrado el 13 de diciembre de 2017 hubiesen previsto la intervención de un “Administrador Designado” -que también era uno de los varios Fideicomitentes- con la tarea central, como lo indica el texto contractual, de 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, esto último de conformidad con los términos previstos en el presente Contrato*” (Artículo V, Sección 5.1); con la asignación de unas funciones específicas a su cargo (Sección 5.2); y bajo remuneración (Sección 5.3), habiéndose nombrado para tal propósito por parte de los Fideicomitentes a la sociedad BTG Pactual Re Income S.A.S. (Sección 5.1).

Como se verá, la incorporación de la figura del Administrador Designado en el esquema y en la estructura del negocio fiduciario fue anunciada desde la presentación misma del proyecto a los potenciales inversionistas, justificada en el valor agregado específico de contar con un experto en la gestión de inversiones inmobiliarias, quien asumía el encargo de “administrar” el Patrimonio Autónomo de Inversión asociado a un “*desarrollo inmobiliario*” (“Boho Food Market”), lo que permitiría de paso, brindar un fundamento a la apreciación que sigue planteada por el “árbitro ponente” sobre la aplicación referente de las normas del mandato remunerado. Desde luego, los inversionistas, al suscribir el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, manifestaron su libre consentimiento en relación con la participación en el proyecto del “Administrador Designado”.

Por consiguiente, y en lo relacionado con BTG Re Income, quien no es una institución financiera, su labor quedaba regida de manera principal por las funciones asignadas en el Contrato de Fiducia de Inversión (Sección 5.1),

---

<sup>21</sup> *Ibídem*.

<sup>22</sup> Artículo 2.3.7 Circular Básica Jurídica (Parte II, Título II, Capítulo I).

teniendo como marco legal de referencia en atención al alto componente de administración de intereses ajenos -encargo- envuelto en dichas tareas contractualmente asignadas, las propias del mandato comercial remunerado, esto es, los artículos 1262 a 1286 del Código de Comercio y, en virtud de lo dispuesto por el artículo 822 de dicho Estatuto, también los artículos 2142 a 2199 del Código Civil, en la medida en que éstos no contravengan lo dispuesto en aquéllos. Entre tales normas se destaca el artículo 2155 del Código Civil que, en su parte pertinente, señala que el mandatario responde hasta de la culpa leve, pero siendo su responsabilidad más estricta cuando el mandato es remunerado, como en este caso, directrices normativas que, luego, en lo pertinente habrá de referenciar el Tribunal.

### **2.3.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN GENERAL Y LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN PARTICULAR, CON ALUSIÓN ESPECIAL A LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA.**

Como es apenas natural en tratándose de un litigio de responsabilidad civil contractual, el Tribunal estima conveniente delinear el marco conceptual que habrá de servir de referencia al realizar el examen particular del asunto específico y concreto sobre el que versa este proceso, contexto en el cual rememorará, con invocación del nutrido pensamiento jurisprudencial que en la materia existe, los requisitos o presupuestos generalmente exigidos para la configuración de la aludida modalidad de responsabilidad, en desarrollo de lo cual incorporará una mención particular sobre la denominada “responsabilidad profesional”, y más específicamente sobre la “responsabilidad fiduciaria”, por supuesto relevantes en la controversia sobre la que se decide.

#### **2.3.2.1. La responsabilidad civil contractual.**

Con fundamento principal en diversas disposiciones de carácter legal, entre las cuales se destacan, con mayor énfasis, los artículos 1602, 1603, 1604, 1608 y 1613 a 1616 del Código Civil, aplicables en materia mercantil en virtud de lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio, la Corte Suprema de Justicia ha precisado los elementos axiológicos de la responsabilidad contractual.

Para la Alta Corporación, como lo ha precisado de manera reiterada<sup>23</sup>, los presupuestos de procedencia de la responsabilidad contractual se resumen en los siguientes: (i) la existencia de un contrato válido; (ii) el incumplimiento de las obligaciones derivadas de ese contrato, generalmente imputado a título de culpa o dolo del demandado; (iii) el daño sufrido por el demandante; y (iv) la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento imputable.

---

<sup>23</sup> Este pensamiento jurisprudencial se encuentra reflejado, entre muchas otras, en las siguientes sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para citar solo algunas de las más recientes: Sentencia SC2555-2019 de julio 12 de 2019, Radicación No. 20001-31-03-005-2005-00025-01; Sentencia SC1230-2018 de abril 25 de 2018, Radicación No. 08001-31-03-003-2006-00251-01; Sentencia SC7220-2015 de junio 9 de 2015, Radicación No. 11001-31-03-034-2003-00515-01.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar, aludiendo a los requisitos enunciados, que la responsabilidad civil de carácter contractual “(...) *se estructura por la existencia de una relación jurídica preexistente entre las partes, es decir, cuando el menoscabo deviene de la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de una obligación pactada en un contrato existente y válido*”<sup>24</sup>, lo que, por vía general, exige “*el incumplimiento por culpa o dolo de las obligaciones surgidas de la convención*”<sup>25</sup>, bajo el entendido de que “*cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor. Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’*”<sup>26</sup>. Entonces, debe darse una relación de causalidad directa y adecuada entre la conducta -activa u omisiva- del demandado y los daños que reclama el accionante. El fundamento de la necesidad de existencia de tal nexo “*no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el 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’*”<sup>27</sup>.

Ahora bien, como lo ha reconocido también la jurisprudencia patria, existen ciertos eventos que rompen o interrumpen dicho nexo causal y que, por lo tanto, al no resultar jurídicamente imputable al contratante demandado el daño sufrido por el contratante demandante, se erigen en factores de exoneración de la responsabilidad contractual deprecada. Se trata de diversas situaciones que son englobadas en la denominación genérica de “causa extraña”<sup>28</sup>, que comprende, como sus especies, el “caso fortuito o fuerza mayor”, el “hecho de un tercero” y el “hecho de la víctima”<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC-1230-2018 de abril 25 de 2018, Radicación No.08001-31-03-003-2006-00251-01.

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC038-2015 de febrero 2 de 2015, Radicación: 11001-31-03-019-2009-00298-01.

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC16690-2016 de noviembre 17 de 2016, Radicación: 11001-31-03-008-2000-00196-01.

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 6878 de septiembre 26 de 2002.

<sup>28</sup> La expresión “causa extraña” es prohijada por la Corte Suprema de Justicia, entre muchas otras, en sentencias de casación civil de noviembre 24 de 2000 (expediente 5365), mayo 16 de 2003 (expediente 7576), abril 25 de 2018 (SC1230 de 2018), marzo 7 de 2019 (SC665-2019) y noviembre 26 de 2021 (SC5185-2021).

<sup>29</sup> Se trata de una expresión no consagrada normativamente, en forma expresa, bajo tal rótulo, que incluye las tres especies reseñadas, las cuales, para algún sector de la doctrina, podrían quedar comprendidas en la noción de caso fortuito o fuerza mayor, entendida en su mayor espectro.

El “caso fortuito o fuerza mayor”, como es bien sabido, aparece descrito en el artículo 64 del Código Civil -subrogado en los términos del artículo 1° de la Ley 95 de 1890- como “*el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”. A partir de este texto legal, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha exigido que se trate de hechos o acontecimientos “*imprevisibles, irresistibles y externos a la actividad del deudor o de quien se pretende lo sea, demostrativos en cuanto tales, del surgimiento de una causa extraña, no atribuible a aquel*”<sup>30</sup>.

La *imprevisibilidad* ha sido entendida por la Corte “*como la irrupción súbita de un suceso imposible de eludir, a pesar de la diligencia y cuidado observados con tal fin, para cuya evaluación en cada caso concreto, deberán tenerse en cuenta criterios como «1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo» (CSJ SC 6 ago. 2009, rad. 2001-00152-01)*”.<sup>31</sup>

En cuanto a la *irresistibilidad*, según la jurisprudencia, “*atañe a la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso imprevisto y sus consecuencias, no obstante los medios empleados para contrarrestarlo o sobreponerse a él y a su desenlace, o en otros términos, cuando en las mismas condiciones del demandado y atendiendo la naturaleza del hecho, ninguna otra persona hubiera podido enfrentar sus efectos perturbadores. En tales condiciones, no sería viable deducir responsabilidad, pues nadie es obligado a lo imposible. La imposibilidad relativa, por tanto, o viabilidad de que, con algún esfuerzo, quien enfrenta la situación supere el resultado lesivo, descarta la irresistibilidad*”<sup>32</sup>.

El carácter externo del caso fortuito o fuerza mayor, en voces de la misma Corte, “*presupone una actividad exógena, extraña o ajena a la de la persona a quien se imputa el daño o a su conducta, o sea, ‘no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido un rol preponderante en la causación del daño...’, pues su estructura nocional refiere a las cosas que sin dolo ni culpa inciden en el suceso (quæ sine dolo et culpa eius accidunt) y a las que aún previstas no pueden resistirse (quæ fortuitis casibus accidunt, quum prævideri non potuerant), lo cual exige la ausencia de culpa (quæ sine culpa accidunt) y, también, como precisó la Corte, es menester la exterioridad o ajenidad del acontecimiento, en cuanto extraño o por fuera de control del círculo del riesgo inherente a la esfera, actividad o conducta concreta del sujeto, apreciándose*

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1230-2018 de abril 25 de 2018. Radicación: 08001-31-03-003-2006-00251-01.

<sup>31</sup> *Íbidem*. En el mismo sentido, Sentencias de Casación Civil de junio 23 de 2000 (expediente 5475), abril 29 de 2005 (expediente 0829-92) y febrero 27 de 2009 (expediente 2001-00013-01).

<sup>32</sup> *Íbidem*. En el mismo sentido, Sentencias de Casación Civil de 26 de noviembre de 1999 (expediente 5220), 26 de julio de 2005 (expediente 1998-6569-02), 21 de noviembre de 2005 (expediente 1995-7113-01) y 27 de junio de 2007 (expediente 2001-00152-01).

*en cada caso particular por el juzgador de manera relacional, y no apriorística ni mecánica, según el específico marco de circunstancias y las probanzas (...). Por consiguiente, la falta de diligencia o cuidado, la negligencia, desidia, imprudencia e inobservancia de los patrones o estándares objetivos de comportamiento exigibles según la situación, posición, profesión, actividad u oficio del sujeto, comporta un escollo insalvable para estructurar la fuerza mayor cuando, por supuesto, su incidencia causal sea determinante del evento dañoso, porque en esta hipótesis, el hecho obedece a la conducta de parte y no a un acontecer con las características estructurales de la vis mayor”.*<sup>33</sup>

Ahora bien, el “hecho de un tercero” como eximente de responsabilidad supone, de igual manera, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por vía general, que reúna las condiciones, exigencias o requisitos de la fuerza mayor o caso fortuito antes compendiadas, lo cual adicionalmente supone, para que el hecho del tercero pueda tener efectos liberatorios para el deudor, que tenga el carácter de causa exclusiva del daño<sup>34</sup>.

En efecto, en términos generales, ha dicho la Corte:

*“(…) La modalidad exonerativa consistente en el hecho de un tercero se estructura cuando el daño cuyo resarcimiento se pretende no puede ser jurídicamente imputable al demandado, sino a alguien diferente, carente del ligamen con él y causante directo del menoscabo.*

*Siendo ello así, para que el demandado pueda liberarse de responsabilidad deberá acreditar que el hecho del tercero fue el único factor determinante del daño y que su aparición se produjo, como en toda causa extraña, en circunstancias imprevisibles e irresistibles, inclusive, para el reclamante de la indemnización y, en definitiva, que por esa circunstancia se halla ausente el nexo de causalidad. Si el hecho del tercero puede ser prevenido o resistido por el convocado, éste deberá sufrir los efectos de la imputación que le asiste.*

*Ahora, si el hecho del tercero concurre con el del demandado en la producción del daño, la obligación resarcitoria nacerá para ambos, al generarse la solidaridad prevista en el artículo 2344 del Código Civil. En esa hipótesis, el convocado no quedará exonerado de su responsabilidad; para que ello acontezca, debe acreditarse que el actuar de aquel, fue en verdad ajeno, exclusivo, irresistible, imprevisible y determinante del menoscabo sufrido por la víctima.*

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 24 de 2009 (expediente 1999-01098-01). En el mismo sentido, Sentencias de Casación Civil de noviembre 26 de 1999 (expediente 5220) y de abril 29 de 2005 (expediente 0829-92).

<sup>34</sup> Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, entre otros pronunciamientos, en Sentencias de Casación Civil de febrero 29 de 1964 (GJ, t. CVI), octubre 8 de 1992 (sentencia 3446), S-009-98 de febrero 27 de 1998 (expediente 4901), noviembre 21 de 2005 (Radicación: 11001310300219950711301), septiembre 18 de 2009 (Radicación: 2005-00406-01), marzo 7 de 2019 (SC665-2019) y noviembre 26 de 2021 (SC5158-2021).

*Por lo mismo, no podrá reconocerse la eximente cuando el soportante de la acción indemnizatoria pudo prever y eludir el hecho del tercero, pues según se tiene establecido, no impedir el resultado dañoso estando en posibilidad y deber de hacerlo, equivale a producirlo”<sup>35</sup>.*

Para la hipótesis específica de la responsabilidad contractual, la Corte ha expresado su pensamiento en los siguientes términos:

*“Frente a la responsabilidad contractual ha puntualizado la Corte los anteriores postulados, al decir que para que la fuerza mayor o el caso fortuito tengan la entidad suficiente para producir el efecto liberatorio esperado por el deudor, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho sino ‘indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor, b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) ser irresistible, en el sentido que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor -dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible, es decir que no haya sido suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización’ (Cas. Civ. de 5 de julio de 1935)’ (Sent. Cas. Civ. de 4 de julio de 2002, Exp. No. 6461).*

*Fruto de los anteriores precedentes emerge la conclusión de que el contratante que alega el caso fortuito o la fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual, debe demostrar a más de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad, que no contribuyó por acción u omisión en la realización del hecho, pues si de lo que se trata es de fracturar la relación entre la actuación del deudor y el resultado contractual no deseado, la existencia de una conducta inapropiada de dicho deudor, permitiría mantener el lazo causal y le haría atribuible el resultado dañoso.*

(...)

*La Corte ha expresado que cuando un contratante pretende alegar el hecho de un tercero como factor exonerante de responsabilidad deberá probar que tal hecho fue imprevisible e irresistible, pues ‘...en tanto sea posible prever la realización de un hecho susceptible de oponerse a la ejecución de un contrato, y que este evento pueda evitarse con diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le*

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 25 de 2018 (SC1230 de 2018).

*permitirá evitar encontrarse en semejante situación (G.J.LXIX, pag. 555)' (Sent. Cas. Civ. de 19 de julio de 1996, Exp. No. 4469)".<sup>36</sup>*

En la misma línea, la justicia arbitral ha precisado:

*“Como se anticipó, el hecho de un tercero es un factor de exoneración de la responsabilidad civil que se enmarca dentro de las denominadas ‘causas extrañas’, y, en materia de responsabilidad civil contractual, consiste en la intervención efectiva y determinante de una persona distinta al deudor de la obligación en la cadena causal que conduce a la producción del daño, cuya consecuencia es eximir totalmente de responsabilidad al demandado cuando tal comportamiento aparece como causa exclusiva de la consecuencia dañosa cuya indemnización se pretende.*

(...)

*Como se observa, la interrupción del nexo causal por la intromisión, o materialización de la conducta -o sucesión de conductas- de un tercero, requiere que esta última, desde una perspectiva estrictamente jurídica -o connotación jurídica- no se pueda considerar como algo probable dentro de una sucesión normal, racional u ordinaria de acontecimientos, de tal manera que el agente a quien pretende imputársele la consecuencia nociva del daño hubiese podido adoptar las medidas necesarias y conducentes para evitar sus efectos.*

*De igual manera, se hace necesario comprobar una imposibilidad objetiva para el agente de impedir las consecuencias de la materialización de hechos que le son ajenos, es decir, que dadas las condiciones particulares en las que se encontraba el sujeto, no podía evitar los efectos producidos por la conducta que otro ejecutó, aspecto que luce de la mayor valía, por cuanto en esta y en otras materias alusivas a la responsabilidad civil, o al Derecho de daños, según se prefiera, el caso concreto, por excelencia, será el que permita arribar a una u otra conclusión, habida cuenta que la constatación de las circunstancias específicas de tiempo, modo, lugar, resultan medulares, como quiera que respuestas categóricas, teóricas y abstractas, desconectadas del casus propiamente dicho, pueden tornarse extremas, y, por contera, lesivas de la realidad jurídica, y de la equidad, rectamente entendida.*

*Por su parte, el requisito de exterioridad plantea la necesidad de analizar, además del punto atinente a los riesgos inherentes a la actividad del empresario, en lo pertinente, la cuestión relativa a las personas por las que pueda estar llamado a responder el demandado -presunto responsable-<sup>37</sup>.*

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 21 de 2005, Radicación 11001-3103-003-1995-07113-01.

<sup>37</sup> Laudo arbitral de 17 de julio de 2017 proferido en el asunto de Constructora Kovok S.A. contra Productos Químicos Panamericanos S.A.. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En consonancia con lo anterior, para un sector de la doctrina especializada, la solidaridad prevista como regla en el artículo 2344 del Código Civil debe aplicar u operar cuando el daño resulte simultáneamente imputable al deudor contractual y a un tercero con quien no exista una relación comercial directa, sin que, ante tal circunstancia, el contratante demandado pueda liberarse de su responsabilidad:

*“(...) Si en todo caso se llega a la conclusión de que el hecho del demandado fue causa del daño, aun cuando concurren otras causas, dicha persona es responsable de la totalidad del daño, pues en todo caso si no se hubiera realizado la conducta no se hubiese producido el daño. Lo anterior es además conforme al principio que consagra nuestra legislación en virtud del cual cuando hay varios autores del daño los mismos responden solidariamente...En todo caso en derecho colombiano no parece tener ninguna cabida una reducción parcial de la responsabilidad. Si el demandado causó el daño, así haya concurrido una causa extraña a él, debe responder.*

(...)

*La solidaridad aplica aun cuando frente a unos autores se invoquen las reglas generales de responsabilidad civil, que suponen la prueba de la culpa, en tanto que frente a otros se invoquen otros hechos generadores de responsabilidad. Igualmente se debería aplicar aun cuando se achaque a una persona la responsabilidad contractual y a otra la extracontractual. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia la solidaridad se funda en un deseo de proteger a las víctimas. Así mismo la doctrina ha fundado la solidaridad en una indivisibilidad del vínculo causal, que impide que cada coautor responda por una parte del daño.*

*Es claro que ambos fundamentos existen no solamente en materia de responsabilidad civil extracontractual, sino también cuando concurren la responsabilidad contractual y extracontractual (...)*<sup>38</sup>.

Finalmente, la responsabilidad civil del demandado puede resultar eliminada en su integridad, o solo parcialmente, cuando media “el hecho de la víctima” como causa exclusiva del daño, en el primer evento, o como copartícipe -de alguna manera-, junto con el deudor accionado, en la producción del resultado nocivo, en la segunda situación. En este sentido, ha expresado la Corte:

*“En ese orden de ideas, se puede señalar que en ocasiones el hecho o la conducta de quien ha sufrido el daño pueden ser, en todo o en parte, la causa del perjuicio que ésta haya sufrido. En el primer supuesto -conducta del perjudicado como causa exclusiva del daño-, su proceder desvirtuará, correlativamente, el nexo causal entre el comportamiento del presunto ofensor y el daño inferido, dando lugar a que se exonere por completo al*

<sup>38</sup> Cárdena Mejía, Juan Pablo. “Causa extraña como eximente de responsabilidad”, en obra colectiva “Derecho de las Obligaciones”, Tomo III. Ed. Temis (2018), págs. 448 y 454.

*demandado del deber de reparación. Para que el demandado se libere completamente de la obligación indemnizatoria se requiere que la conducta de la víctima reúna los requisitos de toda causa extraña, en particular que se trate de un evento o acontecimiento exterior al círculo de actividad o de control de aquel a quien se le imputa la responsabilidad. En el segundo de tales supuestos -conurrencia del agente y de la víctima en la producción del perjuicio-, tal coparticipación causal conducirá a que la condena reparatoria que se le imponga al demandado se disminuya proporcionalmente, en la medida de la incidencia del comportamiento de la propia víctima en la producción del resultado dañoso”<sup>39</sup>.*

Como bien lo ha precisado la jurisprudencia, el “hecho de la víctima” o la “culpa de la víctima” tiene plena cabida y aplicación tanto en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual como en el de la responsabilidad civil contractual, al amparo de lo establecido en el artículo 2357 del Código Civil, a cuyo tenor, *“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*, operando, entonces, en ambos ámbitos, según se indicó, bien como factor de exoneración total o solo parcial de la obligación indemnizatoria:

*“En el derecho contemporáneo es claro, asimismo, que el comportamiento de quien reclama la reparación de los daños no solo tiene trascendencia en materia de responsabilidad civil extracontractual, sino que el mismo es igualmente relevante cuando se reclama la indemnización de los daños producidos por el incumplimiento contractual. Tal circunstancia explica la importancia que tiene la figura que se ha conocido tradicionalmente como mora creditoria (C.C., arts. 1605, 1739 y 1883) y que, específicamente, en la regulación mercantil de algunos de los eventos de responsabilidad civil contractual, el legislador haya previsto expresamente el hecho o culpa de la víctima o, concretamente, del acreedor, como mecanismo para enervar total o parcialmente la pretensión indemnizatoria (C. de Co., arts. 732, 992, 1003, num. 3º, 1196, 131 y 1880, entre otros), lo que no quiere decir que la procedencia de tal mecanismo de defensa en materia contractual no tenga la misma generalidad que existe en la responsabilidad civil extracontractual, pues, en aquellos eventos bien puede aplicarse el artículo 2357 del Código Civil, teniendo presente que este es uno de aquellos asuntos en los que los criterios generales de la responsabilidad civil son aplicables a uno u otro campo”<sup>40</sup>.*

### **2.3.2.2. La responsabilidad profesional.**

Según lo ha descrito la justicia arbitral, el profesional *“(…) En primer lugar ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y normalmente a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la*

<sup>39</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de diciembre 16 de 2010, Radicación: 1989-00042.

<sup>40</sup> *Ídem.*

*cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un ‘dominio profesional’ basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás”.*<sup>41</sup>

Por tanto, estima el Tribunal que la habitualidad en el desempeño de una actividad, la experticia que respalda su ejercicio y la onerosidad -generalmente asociadas a la existencia de una organización-, son elementos o criterios que normalmente han sido reconocidos por la jurisprudencia arbitral como útiles para identificar a un “profesional”.

Cuando un profesional contrata, y su comportamiento comercial es objeto de escrutinio judicial, el tema central que ha sido tema de discusión a nivel jurídico es si dicho análisis de conducta debe adelantarse conforme a las reglas comunes establecidas para los deudores contractuales en general, o si, por el contrario, debe estar sujeto a un régimen o a unos criterios especiales de responsabilidad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento reciente reiteró algunas directrices relevantes de cara al funcionamiento de la responsabilidad profesional en el derecho privado colombiano, entre ellas: (i) no configura una categoría especial de responsabilidad; (ii) no obstante lo anterior, la diligencia exigible debe estar acorde con la calidad profesional del deudor; y (iii) en consecuencia, en caso de incumplimiento contractual del profesional, el juicio de culpabilidad debe adelantarse en términos más estrictos o rigurosos que el que es aplicable a un deudor estándar o común y corriente. Dijo la Corte:

*“Ahora bien, la responsabilidad profesional no se inscribe en ninguna categoría especial, sino que se rige por los postulados generales, de ahí que pueda sostenerse que se estructura por el incumplimiento de las obligaciones o deberes contractuales o legales asumidos por el experto. Sin embargo, cuando está de por medio una relación jurídica convencional, la nota característica atañe al grado de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que se exige a quien ostenta esa connotación en un determinado campo del saber o de la técnica, de quien se espera prudencia, pericia y diligencia en la ejecución.*

*Ello impone un tratamiento más riguroso frente a su eventual desatención, con independencia de que tales obligaciones se cataloguen como de medios o de resultado, por cuanto en esas circunstancias es dable aplicar un patrón de*

---

<sup>41</sup> Laudo arbitral de 8 de junio de 1999 proferido en el asunto de Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” contra Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. “Fiduagraria”. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En el mismo sentido, los siguientes Laudos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá: Leasing Mundial S.A contra Fiduciaria FES S.A (26 de agosto de 1997), Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” contra Fiduciaria Ganadera S.A. “Fidugan” (31 de marzo de 2000), Beneficencia de Cundinamarca contra Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A (31 de julio de 2000), José Manuel Espinosa contra Fiduestado S.A y Banco del Estado S.A (18 de julio de 2005) y Víctor Raúl Romero Silva contra Fiducentral y Otros (16 de septiembre de 2009).

*reproche más estricto, de modo que al efectuar el juicio de culpabilidad no se examina cómo obró o debió obrar una persona del común siendo diligente, sino lo que se espera de un experto en la gestión específica en el asunto que dio origen al acaecimiento del daño, en otras palabras, la especialidad del profesional en una determinada relación jurídica aumenta el grado de diligencia exigible frente a él”<sup>42</sup>.*

Que el parámetro de referencia para evaluar la conducta de un contratante que se dedica de manera habitual a una actividad especializada no sea el común aplicable a cualquier deudor ordinario, no se trata, en realidad, de algo novedoso en el mundo jurídico. Ya desde el derecho romano se perfilaba con claridad que el patrón de conducta contra el cual debía compararse el comportamiento del deudor para efectos de valorar si incurrió o no en culpa, debía consultar el campo particular de la profesión u oficio en que estaba enmarcada la labor respectiva, de manera tal que la valoración comparativa de conducta debía referirse en tales casos, no al general del “*bonus paterfamilia*”, sino al de un profesional diligente o de una persona cuidadosa dedicada a dicho oficio en particular. En efecto, desde el Digesto de Justiniano (45,1,137,3) se enseñaba con claridad:

*“(…) Asimismo el que prometió hacer una casa no debe ciertamente apresurarse reuniendo de cualquier parte los operarios y haciendo muchos trabajos, ni tampoco se ha de contentar con uno que otro, sino que se ha de guardar moderación conforme a la manera de un constructor diligente; y según las circunstancias del tiempo y del lugar (...)”.*

Por ello, como lo ha pregonado la jurisprudencia, “*en los casos de responsabilidad profesional, en general, el estándar aplicable es la lex artis*”<sup>43</sup>, lo cual remite, en términos más amplios, como también lo ha precisado la Corte, “*al conjunto de reglas o directrices explícitas e implícitas que regulan el ejercicio de las profesiones, incluidos los deberes o compromisos derivados de la lex artis, los de las cláusulas generales o estándares de comportamiento, en especial, los de corrección, probidad, lealtad, fides, sagacidad, previsión, advertencia con especificidad, concreción e individuación a los servicios técnicos, financieros o prácticos y a la concreta relación o posición de las partes*”<sup>44</sup>.

En el asunto *sub-lite*, no se discute que la condición de “profesional” cobija al Administrador Designado (BTG Re Income) y a la Fiduciaria (BTG Fiduciaria), sin perjuicio del desarrollo específico adicional que admite esta última hipótesis, por la tipicidad y relevancia de tal actividad, como a continuación se rememora.

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5430-2021 de diciembre 7 de 2021, Radicación 05001-31-03-010-2014-01068-01.

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC2555-2019 de julio 12 de 2019, Radicación: 20001-31-03-005-2005-00025-01.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de julio 1 de 2009, Radicación: 11001-3103-039-2000-00310-01.

### 2.3.2.3. La responsabilidad fiduciaria.

En los eventos en que se pretende deducir responsabilidad civil a una entidad fiduciaria por cuenta de su comportamiento contractual, si bien es cierto que resulta indispensable la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos generales ya referidos con antelación, se hacen necesarias algunas consideraciones y precisiones adicionales que enmarcan en varios aspectos la “*lex artis*” predicable para este tipo específico de “profesionales”, pues no escapa al Tribunal la existencia de unas reglas especiales en la materia, fundadas no sólo en las disposiciones de carácter legal consagradas en el Código de Comercio alrededor del contrato de fiducia mercantil y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F), sino, también, en las instrucciones dadas por la Superintendencia Financiera a las entidades vigiladas, todas ellas alimentadas permanentemente con diferentes aportes provenientes de la justicia ordinaria y de la arbitral.

Sea lo primero destacar, como ya se adelantó, el carácter de empresario profesional que acompaña a la sociedad fiduciaria, experta en los servicios remunerados que presta a través de negocios jurídicos donde la confianza ocupa un lugar preponderante.

En efecto, en el contrato de fiducia mercantil, como bien lo precisa el legislador mercantil (artículo 1226 del C.Co.), no cualquier persona puede tener la calidad de fiduciario; para ello se requiere autorización del Estado. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que un elemento estructurante de este contrato es *“la intervención de un profesional cuya función es cumplir de manera solvente los compromisos propios del pacto, quien, por disposición de la Ley 45 de 1990, debe ser una persona jurídica”*<sup>45</sup>. O como lo refirió en oportunidad reciente: *“Por otra parte, el legislador, consciente del entramado fáctico y jurídico que supone el agenciamiento de esta particular tipología negocial y de la pluralidad de contratos que pueden surgir a partir de su constitución, propugnó por exigir la calificación profesional de quienes pretendan participar en esas actividades como fiduciarios, restringiéndola a los establecimientos de crédito y a las sociedades de esa naturaleza que deben estar especialmente autorizados para el efecto por la Superintendencia Financiera (art. 1226 ib.)”*<sup>46</sup>.

Y el profesionalismo inspira confianza, ésta se deriva de aquél. Dicha conexión ha sido resaltada por la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos que se recogen en el siguiente extracto:

*“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*

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5438-2014 de agosto 26 de 2014.

<sup>46</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5430-2021 de diciembre 7 de 2021, Radicación 05001-31-03-010-2014-01068-01.

*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)<sup>47</sup>.*

Consecuencia obvia de lo anterior, es que la valoración de la conducta de la entidad fiduciaria en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil, debe apreciarse atendiendo al profesionalismo que, se asume, debe acompañar su gestión. En términos sencillos, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

*“Naturalmente, la responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo está indisociablemente vinculada a su carácter de profesional especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico”<sup>48</sup>.*

Bajo este prisma, entonces, debe entenderse lo preceptuado en el artículo 1243 del Código de Comercio cuando señala que *“El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”*, así como también lo previsto al respecto por las partes en el Contrato Mercantil de Fiducia de Inversión<sup>49</sup>; *“culpa leve”* que, desde luego, no debe ser referenciada en comparación con la diligencia y cuidado de *“un buen padre de familia”* o con la que los *“hombres”* emplean

<sup>47</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de julio 1 de 2009, Radicación: 11001-3103-039-2000-00310-01.

<sup>48</sup> *Ídem*.

<sup>49</sup> En la Sección 12.3 del aludido Contrato, se convino 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”*.

ordinariamente en sus negocios propios, como lo describe el Código Civil (artículo 63), sino atendiendo, como corresponde, al carácter profesional y experto del fiduciario.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha precisado con contundencia, en lo que respecta a la diligencia que es predicable de las instituciones financieras, pero cuyas directrices básicas resultan aplicables a las fiduciarias como sociedades de servicios financieros:

*“(...) la diligencia exigible a las instituciones financieras no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público. Con otras palabras, a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos, es necesario tener presente que se trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos y en el que se encuentra depositada la confianza colectiva”<sup>50</sup>.*

En oportunidad posterior reiteró:

*“(...) Es por ello que a la hora de juzgar el cumplimiento de sus obligaciones, se impone hacerlo con mayor rigurosidad respecto de cualquier otro comerciante común o de gestión ordinaria, toda vez que la entidad bancaria, como organización empresarial de actividad especializada, debe estar preparada para precaver, evitar o controlar el daño proveniente de su labor...”<sup>51</sup>.*

Y más recientemente recalcó de nuevo, esta vez con alusión directa a la responsabilidad fiduciaria:

*“(...) Ya en el campo de la fiducia mercantil, lo discurrido no significa soslayar que el Código de Comercio en su artículo 1243 dispone que el fiduciario responderá «hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión», norma que armoniza con el artículo 1604 del Código Civil, conforme al cual, el deudor es responsable de la culpa leve «en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes», como es el de fiducia.*

*Que el fiduciario asuma obligaciones de medios y solo responda hasta por la culpa leve<sup>52</sup>, no es óbice para que, en su condición de profesional en el agenciamiento de negocios ajenos, asuma con especial esmero el primer*

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de agosto 3 de 2004, Expediente No. 7447.

<sup>51</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC1230-2018 de abril 25 de 2018.

<sup>52</sup> Código Civil. Artículo 63: (...) 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.

*deber indelegable que le impone el artículo 1234 del Código de Comercio referente a «realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia». -Subraya la Corte-*

*En ese orden, el grado de diligencia exigible a la fiduciaria no es el que un hombre común emplearía ordinariamente en sus negocios propios (art. 63 C.C.), sino el de un «buen hombre de negocios», comoquiera que si la fiducia mercantil siempre involucra la obligación de administrar, ello le impone actuar como un profesional en el ramo bien calificado para el desempeño de su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad si actúa de manera negligente y con su acción u omisión genera perjuicios al otro contratante.*

*Lo dicho, porque si es precisamente por la confianza que ese profesionalismo despierta que el constituyente acuda a la intervención de la fiduciaria para transferirle sus bienes destinados a una específica finalidad, y esa misma confianza en gran medida motiva a otros sujetos a celebrar contratos asociados que los vinculan al fideicomiso, es apenas de esperar que la sociedad especializada honre las cargas que emanan no solo del contrato sino de la ley y del principio de buena fe en cada una de las fases del convenio, desplegando una diligencia extrema encaminada a no defraudar la credibilidad que despertó en los demás contratantes.*

*La inferencia acerca de esa especial diligencia, es el producto del cotejo entre las reglas que disciplinan la fiducia mercantil y el principio de buena fe. En efecto, si el artículo 335 de la Carta Política califica la actividad financiera como de interés público y el legislador restringió el ejercicio de la fiducia mercantil a los establecimientos de crédito y sociedades de esa índole especialmente autorizados (art. 1226 C. de Co.), es evidente que tal medida proteccionista de los usuarios del sistema financiero se traduce en la confianza de aquellos para invertir en un determinado proyecto al verificar que su administración fue asumida por una fiduciaria y, por lo mismo, la diligencia en dicha gestión es la que se espera de un experto, o mejor, la que debe observar un buen profesional fiduciario en el desempeño de la labor encomendada.*

*En otros términos, la responsabilidad de la fiduciaria está ligada a su calidad de especialista en la gestión de negocios de esa naturaleza y como sus obligaciones emanan tanto de los dictados legales y contractuales pactados como de la buena fe en su función integradora del contrato, el grado de diligencia exigible en el cumplimiento de su labor es el de un profesional y puesto que su gestión involucra la obligación de administrar, el de un «buen hombre de negocios»<sup>53</sup>.*

---

<sup>53</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5430-2021 de diciembre 7 de 2021, Radicación 05001-31-03-010-2014-01068-01.

En la misma línea se ha dirigido la justicia arbitral, la cual, reiteradamente<sup>54</sup>, ha enfatizado que la diligencia y prudencia exigibles al fiduciario no puede ser otra que la de un buen profesional fiduciario o, dicho en otras palabras, la de un buen hombre de negocios, acuñando la expresión contenida en la Ley 222 de 1995 cuando se refiere a los administradores de sociedades mercantiles, pues para profesionales como las fiduciarias “(...) *hay que concluir que esa diligencia ordinaria o mediana (C.C., art 63) se mide en relación a otros profesionales que desarrollan la misma actividad financiera y no tomando en consideración al común de las gentes*”<sup>55</sup>.

Al decir de la justicia arbitral, mostrando una visión panorámica de la actividad fiduciaria y la responsabilidad que de ella puede derivar:

*“[E]sa confiabilidad es -tiene que ser- sinónimo de preparación, conocimiento, profesionalismo, rectitud, interés, celo, dedicación, seriedad, prudencia, diligencia, cuidado. Y no de cualquier tipo, ya que tampoco puede olvidarse que hoy en día un fiduciario es ante todo un profesional de esa clase de negocios; con toda la carga que el término comporta, con sus ventajas y con sus responsabilidades. Una persona a la que sus conocimientos y experiencia en materia del manejo de intereses ajenos, han hecho merecedora de una confianza pública muy especial, y que se dedica habitualmente a la prestación de sus servicios a cambio de una remuneración, tiene obligación de informarse y asesorar como el corolario más trascendental de la responsabilidad profesional.*

(...)

*Por otro lado, una interpretación puramente exegética de las normas que definen el fideicomiso de inversión podría dar lugar a pensar que, puesto que su objeto se contrae fundamentalmente a ‘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’, la realización de dicha actividad señala el principio y el fin de la responsabilidad del fiduciario. A esta interpretación contribuye también la disposición del numeral 3º del artículo 1234 del Código de Comercio, cuando prescribe entre los deberes generales del fiduciario el de “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.*

<sup>54</sup> Entre otros, ver los laudos arbitrales proferidos en los asuntos de Leasing Mundial S.A. contra Fiduciaria FES S.A. (26 de agosto de 1997), Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” contra Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A “Fiduagraria” (6 de agosto de 1999), Beneficencia de Cundinamarca contra Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A (31 de julio de 2000), Fiduciaria del Estado S. A. (en liquidación) contra Tren de Occidente S. A. (19 de octubre de 2005) y Víctor Raúl Romero Silva contra Fiducentral y Otros (16 de septiembre de 2009).

<sup>55</sup> Laudo arbitral de 18 de julio de 2005 proferido en el asunto de José Manuel Espinosa contra Fiduestado S.A y Banco del Estado S.A. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

*Dicha interpretación llevaría inexorablemente a la melancólica conclusión de que al fiduciario le basta simplemente con realizar esa inversión o colocación de las sumas de dinero en los términos formales señalados por el fideicomitente, para entender cumplidas sus obligaciones y para considerarse liberado de toda responsabilidad.*

*Según ella, entonces, el fiduciario no tendría nada que decir sobre la inversión que se le encarga; ni sobre su rentabilidad o su seguridad; ni sobre la confiabilidad de la persona que habrá de recibirla. Tampoco le correspondería ponerle de presente a su cliente la información que, como profesional que es, posee —debe poseer— en relación con todos los demás pros y contras de la inversión que se le encomienda, o, si fuere el caso, alertarlo sobre los riesgos generales implícitos en ella o sobre alguno en particular del que tenga conocimiento. Apenas si tendría que limitarse a fungir de pasivo y silencioso correo de la inversión.*

*A juicio del tribunal, evidentemente las normas mencionadas no pueden tener tan minúsculo alcance ni establecer un tan limitado horizonte a la responsabilidad del fiduciario. Sobre todo cuando ellas mismas han sido tan celosas a la hora de señalar, limitativamente, las pocas personas que pueden “tener la calidad de fiduciarios” (C. Co., art. 1226), y al exigir para el efecto una precisa autorización gubernamental, previo el cumplimiento de muy rigurosos requisitos. Entre nosotros, por ministerio de la ley, el fiduciario es entonces un verdadero profesional, y no un mandatario cualquiera. No en balde su actividad se cumple, por definición, en forma remunerada, tal como imperativamente lo dispone el artículo 1237 del Código de Comercio.*

*Ello explica con toda claridad que, en forma perfectamente armoniosa, los artículos 1243 del Código de Comercio y 2155 del Código Civil, relativos respectivamente a las responsabilidades del fiduciario y del mandatario, establezcan, a una sola voz y de modo categórico, que uno y otro responden hasta de la culpa leve y más aún, que esta última disposición agregue, a renglón seguido, que “esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado”.*

*De esta suerte, no puede caber duda acerca de que el derecho colombiano espera del fiduciario de inversión una conducta más allá de la simple gestión formal de su encargo”<sup>56</sup>.*

El carácter profesional del ente fiduciario, y la responsabilidad estricta que de tal connotación se deriva, explica, de igual manera, que su actuar está sujeto a la observancia de múltiples deberes de conducta, de diversa índole, varios de ellos enmarcados dentro de los denominados “deberes secundarios de conducta”<sup>57</sup>, que

<sup>56</sup> Laudo arbitral de 31 de marzo de 2000 proferido en el asunto de Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” contra Fiduciaria Ganadera S.A “Fidugan”.

<sup>57</sup> Así cataloga la Corte Suprema de Justicia, a título de ejemplo, los deberes accesorios de información, consejo y previsión (Sentencia ya citada SC5430-2021 de diciembre 7 de 2021).

sirven de guía para el cumplimiento riguroso de las obligaciones legales específicas a su cargo, en especial, de los deberes indelegables como fiduciario consagrados en el artículo 1234 del Código de Comercio y, por supuesto, de las obligaciones convenidas en los respectivos contratos. Se trata, como lo ha indicado la jurisprudencia, a título enunciativo, “*de sus deberes profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información*”<sup>58</sup>.

De conformidad con el artículo 1603 del Código Civil, bien es sabido, “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella*”; y según el artículo 871 del Código de Comercio, “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural*”. Como lo ha expresado la jurisprudencia civil:

*“(…) el contenido de un negocio jurídico y, por tanto, de las obligaciones generadas, es un todo homogéneo, unitario, complejo y compuesto por el conjunto de sus elementos esenciales (esentialia negotia), naturales (naturalia negotia) o accidentales (accidentalia negotia) tal como dispone el artículo 1501 del Código Civil y a la luz de los artículos 1602 y 1603 esjudem y 871 del Código de Comercio, obliga a su cumplimiento de buena fe en todo cuanto le pertenece según su esencia, naturaleza, a lo expresamente pactado y a lo que le corresponde según la ley, la costumbre y la equidad”*<sup>59</sup>.

De manera que, en adición a las obligaciones válidamente pactadas en los contratos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, a la sociedad fiduciaria le corresponde atender con la diligencia debida, en primera medida, los deberes indelegables a su cargo impuestos de manera perentoria en el artículo 1234 del Código de Comercio, empezando, sin lugar a dudas por su relevancia sustancial, por el consagrado en el numeral primero, consistente en “*1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia*”, lo cual significa, como lo ha acotado la jurisprudencia arbitral, “*que el profesional debía poner a disposición del fideicomitente toda su experiencia, conocimientos, medios técnicos, logísticos e institucionales para el logro de dicho propósito*”<sup>60</sup>. Complementariamente, la norma legal en comento agrega como deberes indelegables del fiduciario: (i) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios; (ii) 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; (iii) Llevar la

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia ya citada de julio 1 de 2009.

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia ya citada de julio 1 de 2009, reiterada en Sentencias de mayo 31 de 2010 (Expediente 25269-3103-001-2005-05178-01) y julio 2 de 2010 (Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01).

<sup>60</sup> Laudo de Beneficencia de Cundinamarca contra Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A (31 de julio de 2000).

personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente; (iv) Pedir instrucciones al Superintendente Financiero cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. [...]; (v) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo; (vi) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y (vii) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.

Fuera de los deberes legales antes referidos, al contenido obligatorio del contrato de fiducia mercantil se integran, sin necesidad de estipulación expresa, conforme a las explicaciones ya expuestas, los deberes profesionales exigibles al ente fiduciario, de manera principal, para resaltar los más relevantes de cara a la presente controversia, la debida diligencia, la buena fé y lealtad, y los deberes de previsión, de información y de asesoría, respecto de los cuales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al igual que la arbitral, ha resaltado algunos rasgos centrales sobre su contenido y alcance, bajo el entendido general *“que no todas esas obligaciones se imponen al mismo tiempo, ni en un mismo contrato, ni se exigen con igual rigor, pues frecuentemente se moderan en su aplicación a través de criterios de flexibilización que la misma jurisprudencia ha elaborado”*<sup>61</sup>. El perfil básico de algunos de los deberes referidos ha sido delineado por pronunciamientos provenientes tanto de la justicia ordinaria como de la arbitral:

- El “deber de información”, en palabras de la Corte Suprema de Justicia<sup>62</sup>, *“se exige en mayor grado al contratante que por sus calidades tiene el conocimiento de las circunstancias relevantes del acto jurídico, relacionadas con el alcance de las obligaciones, efectos y riesgos asumidos, información de la que la otra parte carece; por lo mismo, el primero, se constituye en el «deudor informado» y tiene el deber de transmitírsela al otro, que, a su vez, como profano, se torna «acreedor» de recibirla de forma completa, veraz y oportuna. De ahí que el obligado a la información, «debe suministrarla objetivamente» y solo el «anoticiamiento completo, adecuado y veraz, constituye el contenido de la obligación al que aspira ver cumplido el acreedor y que debe ser proporcionado desde el periodo precontractual hasta la etapa de ejecución»*<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Laudo arbitral de 8 de junio de 1999 proferido en el asunto de Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” contra Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A “Fiduagraria”. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

<sup>62</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5430-2021 de diciembre 7 de 2021, Radicación: 05001-31-03-010-2014-01068-01.

<sup>63</sup> STIGLITZ, Rubén S. Contratos Civiles y Comerciales, Parte General, Tomo I. 2º ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, pág 189.

Para la justicia arbitral, en complemento, *“la información que se suministre ha de ser inteligible para su destinatario; así mismo, debe ser exacta, pertinente y adaptada a la situación de que se trate.... Dentro de esta tarea la jurisprudencia ha precisado que el profesional tiene el deber de indicar a su cliente los aspectos negativos o contraproducentes de los bienes o servicios, o de las prestaciones que se le encomiendan, así como de las limitaciones técnicas de tales bienes o servicios o de los riesgos que conllevan, de manera que el cliente debe ser advertido de los peligros que corre y de la forma de evitarlos”*<sup>64</sup>.

- El “deber de consejo”, para la Corte, siguiendo las enseñanzas de la doctrina especializada<sup>65</sup>, *“«deriva de la obligación de información, de donde aconsejar presupone hallarse informado», y comporta un plus frente a aquella, «adicionándole una opinión motivada que puede llegar a constituir una advertencia disuasiva (...) en atención a las eventuales consecuencias que debería afrontar el cliente (...) y, por lo demás, porta la incertidumbre propia de todo consejo». Sin embargo, es claro que este deber se agota en su exposición razonada por parte del contratante informado y en modo alguno supedita la voluntad del aconsejado, quien como titular de un derecho subjetivo es el único que puede tomar determinaciones sobre él, siendo una característica esencial, la «independencia y libertad de que goza el informado-aconsejado quien, al cabo, se reserva, como pertenencia personal, la decisión final»*<sup>66</sup>.

Sobre el particular, la justicia arbitral ha precisado que *“en ocasiones se habla indistintamente de la obligación de información y de la obligación de consejo, si bien la doctrina especializada critica esta asimilación, pues no se trata de sinónimos, ni de términos jurídicamente equivalentes. En efecto, el consejo tiene un mayor contenido obligacional que la mera información...La obligación de consejo exige del profesional una apreciación fundamentada sobre los servicios que se le encomiendan, o sobre el negocio, operación o actividad que piensa llevar a cabo su cliente. Se trata con ello de que el profesional ilustre a su cocontratante respecto de las distintas alternativas con que cuenta; que lo oriente en sus decisiones y escogencias y lo incite o trate de persuadirlo a adoptar la solución que parece la más conveniente, incluso si no es la más barata. Esta prestación suele denominarse asesoría, o incluso asistencia técnica. Esta obligación puede llegar hasta ayudar al cliente a realizar o a concretar la operación o el negocio en cuestión”*.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> Laudo arbitral de 8 de junio de 1999 proferido en el asunto de Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” contra Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A “Fiduagraria”. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En el mismo sentido, Laudo de Beneficencia de Cundinamarca contra Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A (31 de julio de 2000).

<sup>65</sup> STIGLITZ, Rubén S. *Ob. Cit.*, pág 201.

<sup>66</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5430-2021 de diciembre 7 de 2021, Radicación 05001-31-03-010-2014-01068-01.

<sup>67</sup> Laudo arbitral de 8 de junio de 1999 proferido en el asunto de Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” contra Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A “Fiduagraria”, reiterado en laudos de Beneficencia de

- El “deber de previsión”, según la Corte Suprema de Justicia, “*en términos generales, concierne a que el experto tenga la capacidad de advertir con anticipación los riesgos o inconvenientes a los que pueda quedar expuesto el negocio fiduciario, basado en su profesionalismo y experiencia*”.

Este deber, que otros llaman “de vigilancia”, obedece, como lo puntualizó un fallo arbitral, a que “*El profesional debe ser dinámico y activo, de manera que no puede aguardar pasivamente el desarrollo de los acontecimientos, pues esa diligencia es una condición para su eficiencia. Este deber le exige al profesional estar atento o vigilante, lo que significa que ha de anticipar razonablemente, de acuerdo con su experiencia, la ocurrencia de situaciones nocivas o el cambio de tendencia en los negocios*”.<sup>68</sup>

- En cuanto al “deber de debida diligencia”, apoyado en la doctrina, la justicia arbitral ha dicho que “*sin duda alguna no existe calificativo que defina mejor la conducta que ha de seguir el fiduciario que la de ser prudente. Ella supone actuar con la ‘diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios’. Esto es, actuar con buen juicio. ‘La prudencia, como tal, es definida como una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello’. ‘Visto en forma dinámica supone la realización en forma diligente y cauta de todos los actos necesarios para la debida consecución de la finalidad de la fiducia, teniendo en cuenta su condición de gestor profesional’. Así pues, está perfectamente claro que las obligaciones del fiduciario comprometen su celo profesional y su atención permanentes a los asuntos que le han sido confiados, de manera tal que su dedicación a ellos debe incluso anteponerse a la de los suyos propios*”<sup>69</sup>.

En otra ocasión, expresó la justicia arbitral:

*“[L]a fiduciaria no es un simple espectador del contrato, o un policía simbólico y silencioso de los bienes fideicomitidos....*

*Porque si ese fuera el caso, de seguro el legislador no habría sido tan celoso en la exigencia perentoria de requisitos y condiciones para que una persona jurídica pueda ostentar entre nosotros la calidad de fiduciario, o acaso no habría incluido esta especie contractual dentro de las modalidades de la fiducia mercantil.*

---

Cundinamarca contra Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A (31 de julio de 2000) y Construcciones Ampomar Ltda. y otros contra Fiduciaria Extebandes S.A. “Fidubandes en liquidación” (9 de agosto de 2001).

<sup>68</sup> Laudo arbitral de 8 de junio de 1999 proferido en el asunto de Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” contra Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A “Fiduagraria”, reiterado en el Laudo de Beneficencia de Cundinamarca contra Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A (31 de julio de 2000).

<sup>69</sup> Laudo arbitral de 31 de marzo de 2000 proferido en el asunto de Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” contra Fiduciaria Ganadera S.A “Fidugan”.

*Por esa razón, para este tribunal es evidente -como lo ha sido para otros en los últimos tiempos-, que la fiducia mercantil dista mucho de ser una mera canonjía instituida por el legislador en provecho de los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, o apenas la suma de unas tareas intrascendentes y puramente mecánicas.*

*La verdad es muy otra: las sociedades fiduciarias son, por definición, personas a las que la ley les exige reunir unas condiciones muy estrictas, precisamente en razón del carácter de las tareas que les corresponde cumplir y del muy elevado grado de confianza pública que, estas comportan. Ahora bien, ese carácter especial de las tareas a su cargo no se predica tanto de la complejidad intrínseca de las actividades que desarrolla la fiduciaria, cuanto de la manera particularmente celosa y profesional en que debe hacerlo.*

*Ello explica el hecho de que, al señalar los deberes concretos que tiene a su cargo el fiduciario, la ley destaque, perentoriamente y en primer término, el de la diligencia, como común denominador de la realización de todos los actos atinentes a la consecución de la finalidad de la fiducia. Y da lugar, entonces, a que el juzgamiento de la conducta contractual de la fiduciaria deba hacerse sobre la base de indagar si el cumplimiento de sus distintas obligaciones estuvo o no presidido por esa debida diligencia”<sup>70</sup>.*

- Desde luego que en este elenco no puede faltar el “deber de buena fe”, que a nivel legal se desprende de los aludidos artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. En apretada síntesis, el Tribunal destaca una dimensión o arista específica de este deber, siguiendo lo reseñado por la justicia arbitral al respecto:

*“(…) Como lo señalaba Betti la buena fe impone el deber de observar una conducta leal, lo que se traduce en una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte y, en particular, a hacer todo cuanto sea necesario para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación. En un sentido análogo Massimo Bianca expresa que la buena fe objetiva hace referencia a la solidaridad contractual y se especifica “en dos cánones de conducta fundamentales, el primer canon, de buena fe, válido, en especial, en la formación y la interpretación del contrato, impone la lealtad del comportamiento. Por su parte, en la ejecución del contrato y de la relación obligatoria la buena fe se especifica en un segundo canon como una obligación de salvaguarda (...). Como obligación de salvaguarda la buena fe se puede identificar entonces, como la obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en que ello no comporte un sacrificio apreciable”.*

---

<sup>70</sup> Laudo arbitral de 19 de julio de 2000 proferido en el asunto de BASF Química Colombiana S.A. y otros contra Sociedad Fiduciaria Anglo S.A.

Ahora bien, al tratarse la actividad fiduciaria de una labor profesional sujeta al control y vigilancia del Estado a través de la Superintendencia Financiera, deberá tenerse en cuenta, de igual manera, que el artículo 326, numeral 3, literal a), del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero asigna a dicha Superintendencia la función de instruir a sus vigiladas *“sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben administrar los riesgos implícitos en sus actividades”*, en desarrollo de la cual, como es bien sabido, expide “Circulares Externas” de obligatorio cumplimiento por las entidades vigiladas que, al aludir a sus obligaciones legales sobre la prestación de los servicios y operaciones permitidas, se incorporan al contenido obligacional de los contratos celebrados por ellas. Su carácter vinculante, según lo ha expresado el Consejo de Estado, es indiscutible, ya que *“(…) las resoluciones, instrucciones, circulares, etc., proferidas por la Superintendencia Bancaria en desarrollo de la facultad de inspección y vigilancia que le ha sido adscrita por la ley, constituyen actos administrativos de carácter general, amparados por la presunción de legalidad, y son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades vigiladas (...)”*<sup>71</sup>.

Para el caso particular de las sociedades fiduciarias y los negocios fiduciarios, se resalta lo contenido en la Parte II, Título II, Capítulo I de la conocida Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera. Atendiendo al perfil de las controversias sometidas a consideración del Tribunal, conviene destacar los siguientes aspectos centrales incorporados en su regulación, previa indicación de que los negocios fiduciarios “son actos de confianza” (numeral 1.1.):

- Enfatiza que en la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria debe tener en cuenta y observar “los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el art. 1234 del C.Cio”, “los principios del negocio fiduciario” y “la jurisprudencia”. Entre los diversos “deberes” a los que hace expresa referencia, la Circular Básica Jurídica alude, entre otros, al “Deber de información”, al “Deber de asesoría”, al “Deber de lealtad y buena fe”, al “Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad” y al “Deber de previsión”, descritos de manera tal que confirma el reconocimiento del ente regulador acerca del carácter profesional de la gestión fiduciaria:
  - (i) *“2.2.1.2.1. Deber de información. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las*

---

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de octubre 18 de 1994. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de agosto 18 de 1989, Expediente 5256: “[...] la circular se limita a recordar una obligación legal a cargo de los destinatarios” y es “elemental cumplimiento del deber de divulgación de las normas a las cuales están sujetas las entidades vigiladas[...]”.

*prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato”.*

- (ii) *“2.2.1.2.2. Deber de asesoría. Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el subnumeral anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente”.*
- (iii) *“2.2.1.2.4. Deber de lealtad y buena fe. La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que estos den lugar, suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés.”.*
- (iv) *“2.2.1.2.5. Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad. En su actuar, las sociedades fiduciarias deben tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido, deben abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para su desarrollo.”.*
- (v) *“2.2.1.2.6. Deber de previsión. La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, deben prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual.”.*

- En consonancia con el “deber de información”, la Circular Básica Jurídica fija una serie de reglas generales relacionadas con la rendición de cuentas e informes periódicos a cargo del fiduciario:
  - (i) Para los efectos previstos en el numeral 8 del artículo 1234 y en el numeral 4 del artículo 1236, ambos del Código de Comercio, recalca la obligación de la sociedad fiduciaria de presentar rendiciones de cuentas, con el propósito de mantener informados, entre otros a los fideicomitentes y beneficiarios, *“de la suerte de los respectivos negocios fiduciarios, así como del desarrollo de la gestión que está desempeñando el fiduciario”* (numeral 6.1), con una periodicidad mínima de 6 meses a partir de la celebración del negocio fiduciario, salvo pacto en contrario que fije un plazo menor (numeral 6.1.3).
  - (ii) Ratifica, como lo señala el Código de Comercio, que es un deber indelegable por parte del fiduciario en terceras personas (numeral 6.1.2), y debe suponer *“un informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados en virtud de un negocio fiduciario, particularmente en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada, justificando, argumentando y demostrando el cumplimiento de la labor encomendada en el acto constitutivo o en la ley. Por lo tanto, la rendición de cuentas debe reflejar plenamente el estado económico, jurídico, administrativo o contable actual del negocio así como de la ocurrencia de cualquier hecho que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada, señalando las medidas correctivas adoptadas, cuando sean del caso, sin perjuicio de que, para efecto de su necesaria verificación, se acompañen los soportes que documenten la información presentada”* (numeral 6.1.1).
  - (iii) En consonancia con lo anterior, dispone que las rendiciones de cuentas *“deben basarse en soportes o documentos que comprueben la veracidad de la información y deben realizarse mediante procedimientos que le permitan a sus destinatarios tener conocimiento de la existencia de los soportes documentales que acrediten las diversas gestiones del fiduciario, en el entendido que deben hacer factible la verificación o revisión física de tales soportes cuando aquéllos así lo estimen pertinente”* (numeral 6.1.4.1) y *“debe ir acompañada de los estados financieros básicos del negocio con la información mínima que permita identificar el estado de los activos, de los ingresos, de los gastos y acreencias del fideicomiso, además de un estado de cuenta que refleje el comportamiento financiero de las inversiones efectuadas con base en las instrucciones impartidas por el fideicomitente”* (numeral 6.1.4.3).
  - (iv) En los negocios fiduciarios en que se realicen pagos, giros o abonos en cuenta por cuenta o cargo de aquellos, la rendición de cuentas debe incluir un informe adicional que contenga información sobre las

fuentes y usos de los recursos, el número de pagos, giros o abonos en cuenta realizados durante el período y los mecanismos utilizados para efectuar los pagos (numeral 6.1.4.2.13.5).

- (v) En cuanto a los informes periódicos, que no excluyen la obligación de rendir cuentas, tienen lugar *“cuando por su importancia resulte necesario o cuando se establezca una obligación contractual en ese sentido”*, y su objeto es ofrecer *“un reporte sobre hechos relevantes que afecten el negocio y las actividades llevadas a cabo frente a los mismos”*. Su periodicidad será la *“que se señale en el contrato o en su defecto debe remitirse dentro de los 15 días siguientes al momento de conocerse el hecho que lo motive”* (numeral 6.2).
- Por otra parte, en consonancia con lo señalado en el Código de Comercio (artículo 1234), la Circular Básica Jurídica recalca que *“Es deber del fiduciario administrar y/o cumplir con el mandato sobre los bienes fideicomitidos según la finalidad determinada por el constituyente, e 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”*, y agrega, que *“En este orden de ideas, en los contratos de fiducia de inversión, no procede la administración de los recursos por un beneficiario ni por el fiduciante ni mucho menos por terceros para la consecución de la finalidad del fideicomiso, de modo tal que otra persona diferente al fiduciario lo sustituya como obligado, pues es un elemento esencial del contrato que la fiduciaria administre o enajene los bienes transferidos por el constituyente”*. En conclusión, remata la Circular, *“la sociedad fiduciaria no puede delegar en un tercero la ejecución del objeto mismo del contrato y la administración de los bienes transferidos, pues con ello estaría haciendo una delegación de profesionalidad, salvo disposición legal expresa que lo permita”* (numeral 5.1.3.).
  - Finalmente, el Tribunal resalta que mediante la Circular Externa No. 024 de 2016, modificada por la Circular Externa No. 007 de 2017, la Superintendencia Financiera introdujo recientemente ciertos ajustes a la Circular Básica Jurídica *“[...] con el propósito de establecer un régimen que ofrezca mayor información respecto de los negocios fiduciarios, en particular de los contratos de fiducia inmobiliaria y de los negocios a través de los cuales se comercializa participaciones fiduciarias”*, entendiendo por estos últimos, *“aquellos negocios en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, mediante la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria, de uno o más bienes determinados, prevé la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso, las cuales otorgan a los inversionistas el derecho a participar de los resultados económicos derivados del cumplimiento de una finalidad específica, sin que implique la propiedad del bien objeto el proyecto y, sin perjuicio, del ofrecimiento de beneficios adicionales”*. (Numeral 5.5.)

Dentro de las instrucciones que fueron objeto de modificación o adición, conviene destacar las siguientes relacionadas, por un lado, con los contratos de fiducia inmobiliaria<sup>72</sup>, y por el otro, con los negocios a través de los cuales se comercializa participaciones fiduciarias:

- (i) Respetto de los contratos de fiducia inmobiliaria:
- Corresponde a las fiduciarias, dice la Circular Básica Jurídica, como parte de sus deberes en este tipo de contratos, realizar el análisis de los riesgos que involucra cada proyecto, así como contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación (numeral 5.2). En este sentido, la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe evaluar, valorar y verificar aspectos, tales como: que se encuentran dadas las condiciones técnicas, financieras y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores (numeral 5.2.1.4); que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto (numeral 5.2.1.6); y que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto (numeral 5.2.1.7.).
  - Impone unos contenidos “mínimos” que deben estar incluidos en los contratos fiduciarios a través de los cuales se desarrollen o ejecuten proyectos inmobiliarios, como los siguientes (numeral 5.2.3): la obligación de la sociedad fiduciaria de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas contractualmente establecidas para la transferencia o desembolso de los recursos (numeral 5.2.3.2.); el término estimado de duración de la construcción del proyecto inmobiliario y de sus sub-etapas (numeral 5.2.3.4.); la obligación de presentar una certificación semestral por parte del constructor en donde se indique que los recursos se destinaron al cumplimiento del objeto del contrato (numeral 5.2.3.7.); y la obligación del fideicomitente, constructor, promotor o aquella persona a cargo del proyecto de remitir a la sociedad fiduciaria la información necesaria para realizar los registros contables correspondientes, así como para el cumplimiento de las obligaciones de entrega de información establecidas en los subnumerales 6.1.4.2.13.2.1 y 6.2.1. de la Circular. Todos los anteriores requisitos, precisa la Circular

---

<sup>72</sup> Aunque para el Tribunal es claro que el Patrimonio Autónomo Subyacente, integralmente considerado, tiene origen en un Contrato de Fiducia de Administración y Pagos -no en una fiducia inmobiliaria-, también lo es que su ejecución tenía como etapa inicial, sin duda relevante, la relativa a la construcción del inmueble sobre el que luego se desarrollaría la actividad económica final del negocio fiduciario, por lo que, *mutatis mutandi*, el referente temático en cuestión no es del todo extraño.

Básica Jurídica, deberán ser cumplidos para los contratos de fiducia inmobiliaria de administración y pagos, pero no para los contratos de tesorería a los cuales solo aplica los numerales 5.2.3.5 y 5.2.3.6., esto es, respectivamente, *“La prohibición expresa de que el constructor responsable del proyecto o los promotores autorizados, directamente o por medio de sus agentes o empleados, reciban dinero, aportes, cuotas o anticipos de los adquirentes de los inmuebles a construirse”* y *“La obligación del constructor responsable del proyecto o de los promotores autorizados de dar cumplimiento a las disposiciones de publicidad establecidas en la Parte I, Título III, Capítulo I de la CBJ”*.

- Además de las reglas generales en materia de rendición de cuentas e informes periódicos, como las ya reseñadas por el Tribunal con antelación, la Circular Básica Jurídica, para los casos de fiducia inmobiliaria de administración y pagos, instruye que se debe informar, entre otros aspectos, *“Las situaciones que hayan afectado el normal desarrollo del proyecto inmobiliario o la ejecución del fideicomiso, y de la cual haya tenido conocimiento la sociedad fiduciaria”* (numeral 6.1.4.2.13.2.4) y *“En el evento que el negocio posea un interventor, se debe incluir un resumen de las conclusiones realizadas por él en sus informes”* (numeral 6.1.4.2.13.2.7), bajo la advertencia de que *“Para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el presente subnumeral, la sociedad fiduciaria debe basarse en los soportes y documentos que sean suministrados por el fideicomitente, constructor, promotor, interventor o aquella persona a cargo del proyecto”*. Si el negocio fiduciario es de tesorería, el deber adicional se limita a informar sobre el *“Alcance de las funciones y actividades que desarrolla la fiduciaria”*.
- (ii) Respecto de los negocios a través de los cuales se comercializa participaciones fiduciarias, se resaltan reglas como las siguientes:
- Las sociedades fiduciarias al momento de decidir si comprometen o no su responsabilidad en esta modalidad especial, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, deben solicitar al gestor o promotor la información necesaria para evaluar, valorar y verificar aspectos como (numeral 5.5.1): los riesgos del negocio y las posibilidades de ganancia o pérdida, conforme a los escenarios proyectados para la operación, debiendo reposar tal información en un documento que contenga la evaluación de riesgos del proyecto (numeral 5.5.1.1.); las condiciones que deben cumplirse para iniciar o continuar con cada fase del negocio (numeral 5.5.1.2.); que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto (numeral 5.5.1.6.); y que el constructor y promotor cuenta con capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto (numeral 5.5.1.8.).

- También instruye sobre el contenido “mínimo” que deben incluir los contratos fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, en aspectos como (numeral 5.5.2): el número de participaciones a enajenar y la indicación de las otras fuentes de recursos que constituyan la condición económica para iniciar cada una de las fases de proyecto (numeral 5.5.2.1.); las condiciones financieras, técnicas y jurídicas que se deben cumplir para dar inicio a las etapas de desarrollo de proyecto y operación (numeral 5.5.2.2.); la indicación expresa de contar con un interventor, auditor o asesor externo, independiente de los fideicomitentes, para supervisar las actividades adelantadas por el promotor y/o gestor, durante todas las etapas del fideicomiso (numeral 5.5.2.3.), establecer el procedimiento y los responsables para la suscripción de los contratos necesarios para la fase de operación y si estos contratos están previamente acordados por el promotor, sus términos y condiciones deberán ser conocidos por los partícipes al momento de su vinculación (numeral 5.5.2.9.); y la obligación que tiene la fiduciaria, como vocera y administradora del patrimonio autónomo, de informar a los fideicomitentes cualquier situación de la cual llegue a tener conocimiento, que afecte el cumplimiento de la finalidad del negocio, entre las cuales se encuentran aquellas que alteren el normal desarrollo del proyecto afecto al patrimonio autónomo (numeral 5.5.2.12.).
  
- En los negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, las sociedades fiduciarias, además, tienen el deber de informar a los adquirentes de éstas, con una periodicidad mínima de 6 meses, por lo menos, los siguientes aspectos (numeral 6.2.2): el período objeto de reporte; el objeto y finalidad del negocio fiduciario; el monto de los recursos recibidos del adquirente de la participación; el responsable de cada una de las etapas o fases del proyecto y de la operación del mismo; el alcance de las funciones y actividades que realiza la sociedad fiduciaria; el estado actual de las condiciones necesarias para iniciar las diferentes etapas del proyecto, de acuerdo al informe del promotor, constructor, operador o interventor; la indicación del grado de avance del proyecto; un reporte sobre hechos relevantes que afecten el proyecto y las actividades llevadas a cabo frente a los mismos; información relevante de la etapa en la que se encuentre el proyecto; informe sobre el estado del activo subyacente; e informe de resultados de la operación y la gestión en la distribución de excedentes.

Resulta evidente, por tanto, la existencia de una regulación jurídica, con cierto nivel de detalle en varios aspectos, que instruye sobre la manera cómo debe ser adelantada la gestión de las sociedades fiduciarias -imposición de deberes específicos en diferentes frentes-, proveniente de la autoridad estatal encargada de su vigilancia que, en su conjunto, muestra el interés innegable de brindar un

nivel adecuado de protección, seguridad y claridad al esquema fiduciario, y con ello, a sus diferentes partícipes.

En palabras de la Corte Suprema Justicia, que aunque referidas a la actividad bancaria e intermediación financiera, resultan predicables en su mensaje medular, de igual manera, a la gestión fiduciaria:

*“(...) la bancaria y la de intermediación financiera, [son] actividades en las que -como atrás se dijo- existe un interés público y son realizadas por expertos que asumen un deber de custodia de dineros ajenos, siéndole exigibles, según lo previsto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (D. 663/1993) y las circulares Básica Contable y Financiera (100/1995) y Básica Jurídica (7/1996) unos altos y especiales cargos o cumplimiento de estándares de seguridad, diligencia, implementación de mecanismos de control y verificación de las transacciones e incluso de seguridad de la confiabilidad de la información y preservación de la confiabilidad (...)”<sup>73</sup>.*

Se estima pertinente señalar que para la apreciación de la conducta desplegada por la sociedad fiduciaria en desarrollo de un contrato de fiducia mercantil en el ámbito obligacional a su cargo conforme a las directrices antes señaladas, no puede dejar de considerarse la distinción acogida por la jurisprudencia colombiana -y en otras tantas latitudes, en algunas de ellas con expresa consagración legal- entre las llamadas *obligaciones de medio* y *obligaciones de resultado*, pues en uno u otro caso el contenido prestacional a cargo del deudor es diverso, como diferentes también serán los mecanismos a su disposición para obtener su exoneración o liberación de responsabilidad.

Para la Corte, *“(...) el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye*

<sup>73</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC18614-2016 de diciembre 19 de 2016. Radicación: 05001-31-03-001-2008-00312-01.

*dicho interés primario*".<sup>74</sup> O como lo recalcó en oportunidad reciente: *"En suma, el deudor asume una obligación de medios cuando se compromete a poner a disposición su capacidad y habilidades para lograr un desenlace, el cual no se encuentra bajo su dirección exclusiva por existir variables fuera de su mando; será de resultado cuando el obligado dirige los medios requeridos para alcanzar un efecto determinado, al cual se obliga"*<sup>75</sup>.

En relación con la naturaleza -de medio o de resultado- que acompaña a las obligaciones en cabeza de la sociedad fiduciaria derivadas de los contratos de fiducia mercantil, debe tenerse en cuenta, como guía inicial, la prohibición que por vía general dispone el numeral 3 del artículo 29 del E.O.S.F. para que los contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias tengan por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley, aunque para el Tribunal, coincidiendo con la advertencia aclaratoria efectuada por la Corte sobre el particular, *"Dicha prohibición, que bien podía entenderse referida exclusivamente a la asunción de los resultados del negocio fiduciario, era censurada acertadamente por un amplio sector de la doctrina nacional por excesiva a la función práctica o económica social de este negocio y contraria a previsiones legales concretas, verbi gratia, prestaciones tales como las de mantener los bienes separados, rendir cuentas, restituir o transferir los bienes, realizar los pagos, son todas de resultado"*.

En consonancia con lo anterior, resalta de una vez el Tribunal, sin perjuicio de las precisiones a que hubiere lugar al momento de análisis de las diferentes obligaciones contraídas por la sociedad fiduciaria convocada en este proceso, que en el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión se previó que las obligaciones "de gestión" en cabeza de aquélla eran de medio y no de resultado (Sección 12.3).

Para el evento específico de las obligaciones de medio, sin duda, el régimen de apreciación de la culpa profesional cuyas líneas centrales fueron ya trazadas reviste especial interés, como lo ha destacado la jurisprudencia arbitral:

*"El régimen general inspirado en la culpa, tiene, si se quiere, una mayor relevancia en materia de responsabilidad profesional, pues lo usual es que en estos casos se trate de contratos de prestación de servicios que generan, principalmente, obligaciones de medio, también denominadas de prudencia, en las que se exige del deudor un comportamiento precavido y acucioso para lograr un determinado fin que, sin embargo, no es garantizado por el obligado, pues su logro -en razón de su dificultad o de su carácter aleatorio- excede lo que razonablemente puede esperarse y exigirse del deudor. La doctrina reitera, por tanto, que "generalmente, la naturaleza intrínseca de la prestación en la obligación profesional consiste en la utilización de un simple*

<sup>74</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 5 de 2013, Radicación: 20001-3103-005-2005-00025-01.

<sup>75</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC4786-2020 de diciembre 7 de 2020, Radicación: 20001-31-03-003-2001-00942-01.

*medio o bien en la observancia de la diligencia, prudencia y pericia que la ocasión reclame, con la finalidad de alcanzar aquel resultado que nunca podrá ni deberá ser garantizado por el deudor profesional...” (L. Pascual, p. 729 y ss.). (...) Para determinar el cumplimiento de esas obligaciones de “prudencia” es menester analizar si el deudor utilizó todos los medios a su alcance -conocimientos, experiencia, recursos materiales, actuación diligente- para lograr el resultado perseguido, de manera que lo que se debe, o el contenido de la prestación, es un cierto comportamiento del deudor, esto es, que obre con la previsibilidad y diligencia ordinarias para ejecutar el contrato. De ahí, precisamente, que la doctrina del derecho comparado manifieste que la responsabilidad profesional es eminentemente subjetiva, pues es en este campo en el que la noción de culpa conserva un lugar de privilegio (P. Jourdain, p. 20)”<sup>76</sup>.*

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que la obligación sea de medio o de resultado genera diferentes consecuencias jurídicas, principalmente en cuanto a los factores eximentes de responsabilidad que tienen cabida. En palabras de la Alta Corporación:

*“(...) en las prestaciones de medios el estándar aplicable para que el deudor comprometa su responsabilidad es el de la culpa probada, de allí que el deudor pueda exonerarse del débito indemnizatorio con la demostración de que actuó con la diligencia que le era exigible -ausencia de culpa-, así como por la existencia de una causa extraña -fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima- o de un motivo de justificación de su conducta -legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de una orden de autoridad competente, entre otros-.*

*Corresponderá al perjudicado demostrar el actuar imprudente, imperito o negligente del accionado, último sobre quien pesa la demostración del factor de exculpación, de acuerdo con los artículos 1604 del Código Civil y 177 del Código de Procedimiento Civil (actual 167 del Código General del Proceso).*

*Diferente a las obligaciones de resultado, en que se admite la tesis de la culpa presunta, pues la ausencia del efecto concreto pretendido por el acreedor demuestra per se la falta de diligencia, sin que sea admisible una alegación en contrario, amén del principio general del derecho nemo auditur propriam turpitudinem allegans (nadie puede alegar en su favor su propia culpa).*

*Por tanto bastará al demandante, para acreditar el hecho culpable del deudor, alegar que no se alcanzó el efecto concreto pretendido con la prestación incumplida, correspondiéndole a este último probar la causa extraña o de justificación para impedir el nacimiento del deber resarcitorio.*

---

<sup>76</sup> Laudo arbitral de 8 de junio de 1999 proferido en el asunto de Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” contra Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A “Fiduagraria”. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

*«En otras palabras, la prueba de una culpa del deudor por parte del acreedor no es una condición de la responsabilidad... [;] el simple hecho de la no satisfacción del acreedor permite presumir que fue la actividad del deudor la que originó la inejecución de la obligación. Pero esta presunción no podría ser irrefragable y del deudor escapa a la imputación de su responsabilidad... cuando prueba una causa extraña»<sup>77</sup>”<sup>78</sup>.*

En criterio del Tribunal, lo que no afecta el alcance y la utilidad de la anterior postura jurisprudencial, si la obligación es de medio y el deudor profesional ejecuta la prestación de hacer conforme a la *lex artis* que le era exigible, más que aplicar un modo de exoneración de responsabilidad por ausencia de culpa, se trata, en realidad, de la operancia del pago como forma normal y natural de extinción de la obligación ante el cumplimiento de la prestación debida; y si, por el contrario, el deudor no ejecuta la actividad debida, o lo hace imperfectamente, habrá un incumplimiento que conforme a las reglas generales existentes en la materia (artículo 1604 del Código Civil) se entendería que le es imputable (se presume) salvo prueba en contrario, sin que, por no ser necesario para lo que en este proceso ha de decidirse, sea menester adentrarse en el debate que con frecuencia se presenta en la doctrina en relación con la forma y términos de la aplicación de la regla recién aludida, y las cargas probatorias asociadas, a partir de la distinción de las obligaciones de medio y las de resultado.

En conclusión, a partir de consideraciones jurídicas del talante de las referidas con antelación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido diferentes supuestos o hipótesis en las que resulta viable deducir responsabilidad a las sociedades fiduciarias.

En este sentido, a título enunciativo, la Corte Suprema de Justicia ha expresado de diferentes maneras, pero manteniendo un hilo conductor común, que hay lugar a la responsabilidad del fiduciario *“en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes”*<sup>79</sup>; en el evento en que *“se aparte de tales instrucciones, que incumpla sus deberes legales y contractuales, o que incurra en actos culposos en el cumplimiento de sus funciones”*<sup>80</sup>; *“o incurra en actos culposos en el cumplimiento de su gestión, que incidan en la idoneidad de aquella (C. de Co., art. 1243); o que, en general, no realice diligentemente los actos necesarios para conseguir la finalidad de la fiducia (num. 1º, art. 1234 ib.)”*<sup>81</sup>; por razones *“derivadas de un obrar excesivo o contrario a las estipulaciones negociales o a los fines de la fiducia”*<sup>82</sup>; en términos más amplios, *“por sus actos, conducta o*

<sup>77</sup> Christian Larroumet, *Teoría General del Contrato, Volumen I*, Temis, 1999, p. 37 y 38.

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC4786-2020 de diciembre 7 de 2020, Radicación: 20001-31-03-003-2001-00942-01.

<sup>79</sup> Sentencia de Casación Civil del 3 de agosto de 2005, Expediente No. 1909.

<sup>80</sup> Sentencia de Casación Civil del 14 de febrero de 2006, Expediente No. 05001-3103-012-1999-1000-01

<sup>81</sup> Sentencia de Casación Civil del 18 de mayo de 2006, Expediente No. 11001-31-03 008-1997-07700-01.

<sup>82</sup> Sentencia de Casación Civil del 31 de mayo de 2006, Expediente 0293.

*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”<sup>83</sup>, bajo la advertencia expresa de que “la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados”<sup>84</sup>; o como lo expresó en oportunidad más reciente, “cuando desborda los contratos celebrados y genera daños a los constituyentes, debiendo responder por ese derecho de crédito que nace en favor de los perjudicados; igualmente, cuando dilapida o deja deteriorar o perder los bienes recibidos”<sup>85</sup>.*

Ninguna duda cabe, entonces, sobre el alto nivel de exigencia que aplica en punto a la evaluación de la conducta del fiduciario ante imputaciones de responsabilidad, concebido sobre la premisa del carácter ciertamente profesional que de él se pregona, marco de apreciación que con adecuado rigor debe aplicarse, aunque también con el necesario cuidado de no incurrir en excesos inadmisibles, siempre consultando los hechos y las circunstancias particulares del caso concreto objeto de valoración, esfera en la que suelen tener relevancia variables como el perfil y contenido de la fase previa a la formalización del negocio -etapa precontractual-, el perfil mismo de los fideicomitentes y la específica naturaleza o modalidad del negocio fiduciario de que se trate, además, como es obvio, del contenido contractual en sí mismo considerado, con el amplio espectro que lo conforma según se ha indicado en este acápite de la providencia.

Como ya se dijo, el marco jurídico conceptual y abstracto que acaba de reseñarse habrá de servir de ineludible referente para el examen particular del asunto específico y concreto sobre el que versa este proceso, circunscrito a la responsabilidad que imputan las Convocantes a las Convocadas alegando el incumplimiento del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión celebrado el 13 diciembre 2017 entre aquéllas, en calidad de Fideicomitentes, y BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en calidad de Fiduciario, el cual también fue suscrito por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. bajo la mención, en lo literal, de su calidad de Fideicomitente, aunque sin perder de vista que en el mismo texto se incluyó su designación como Administrador Designado, con indicación de las

---

<sup>83</sup> Sentencia de Casación Civil del 1 de julio de 2009, Expediente No.11001-3103-039-2000-00310-01.

<sup>84</sup> *Ibídem*.

<sup>85</sup> Sentencia de Casación Civil SC5438-2014 del 26 de agosto de 2014.

funciones asignadas según se indica en el clausulado negocial, condición que BTG Re Income ha reconocido ampliamente.

Así las cosas, de lo que se trata en este proceso es de valorar las conductas de las partes del negocio jurídico reseñado, en especial de BTG Fiduciaria y BTG Re Income, a quienes se atribuye la responsabilidad imputada, fuente de la reclamación indemnizatoria que se reclama, para lo cual habrá de tenerse siempre presente el rol o calidad que cada una de tales sociedades estaba llamada a desempeñar, por supuesto diferente al de otros actores o intervinientes en la operación económica concebida.

En este sentido, ha de recordarse que para el Tribunal es claro que la controversia sometida a su juicio y decisión tiene el alcance concreto recién reseñado, acompasado con su competencia, lo que no excluye la consideración y apreciación de hechos y actos asociados a otros intervinientes en el proyecto, dado que, conforme se ha señalado, el objeto del referido Contrato de Fiducia de Inversión consistió en la constitución de un patrimonio autónomo por intermedio del cual se haría una inversión en derechos fiduciarios de otro patrimonio autónomo -conocido como Patrimonio Autónomo Subyacente-, originado en un Contrato de Fiducia de Administración y Pagos constituido en Alianza Fiduciaria -como fiduciario-, en el cual estaban involucrados, con roles diversos desde luego, actores adicionales como el gerente del proyecto, el constructor del edificio en el que se desarrollaría la actividad económica final -gastronomía-, el interventor, el financiador, etc. Entonces, la aplicación del marco jurídico conceptual de que se viene hablando se centrará en la valoración de las conductas de BTG Fiduciaria y BTG Re Income, en función de los roles asignados y las obligaciones a cargo de tales sociedades en el aludido Contrato de Fiducia de Inversión, sin confundirlas con los roles y obligaciones asociadas a otros actores del Contrato de Fiducia de Administración y Pagos constituido en la Fiduciaria Alianza -cuestión ajena a la competencia de este Tribunal-, pero sin perder de vista que, por razón de la cercana coligación contractual antes referenciada, los hechos, actos, circunstancias y contenido contractual vinculados a la ejecución del negocio fiduciario subyacente, provenientes de todos los partícipes en el mismo, no son ajenos -no podrían serlo- a la valoración de conducta propia de las aquí Convocadas.

### **2.3.3. LA COLIGACIÓN CONTRACTUAL.**

No se discute que en tratándose de litigios de responsabilidad civil por incumplimiento contractual, como es el que ocupa la atención del este Tribunal, la determinación del componente obligacional del acto jurídico enjuiciado tiene evidente importancia, pues es el referente imperativo ante el cual hay que contrastar los actos de la ejecución negocial que por acción o por omisión estarían llamados, según la respectiva demanda, a configurar los incumplimientos que darían origen a las consecuencias económicas pretendidas.

Este análisis del contenido prestacional del acto jurídico bajo examen recae, como es obvio, sobre el contrato acerca del cual versa la controversia, que generalmente se presenta como un negocio jurídico unitario o simple -uno solo-, con independencia de la caracterización del mayor o menor grado de complejidad que le sea atribuible en función de su tipología específica, pero a sabiendas de que también puede recaer, como es menos usual mas no infrecuente, sobre un acto jurídico múltiple o complejo, o que puede de alguna manera involucrar un número plural de relaciones jurídicas unidas por una conexidad o coligación que, en el entendimiento común -explícito o implícito- de los contratantes, conforman una estructura ampliada de la operación jurídica integral que vincula e interesa a quienes concurren a su celebración, pues, al fin de cuentas, es expresión del postulado de la autonomía de la voluntad.

La jurisprudencia ilustra sobre la delimitación conceptual de la figura en cuestión:

*“(…) la coligación, unión, vinculación, articulación, coordinación o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas atañederas a una pluralidad de relaciones jurídicas, distintas, autónomas e independientes, con su propia individuación, disciplina y función, vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único, cuya estructura exige una serie de pactos constantes, ab origine (en el origen) e in fine (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivos.*

*La diversidad de acuerdos concierne a un conjunto de negocios o contratos con su singularidad estructural y funcional, sin confluir, crear u originar uno sólo. La ligazón funcional o teleológica de los distintos negocios jurídicos es indisociable, imprescindible e inescindible, in toto, in complexu, in globo, y conduce a la única función práctica, económica o social perseguida, siendo necesaria para la concreción definitiva de un interés unitario, propio, autónomo y diferente realizable con la conjunción de los varios actos dispositivos, cada uno, con su identidad, tipología, disciplina y función.*

*En este contexto, la coligación negocial, se descarta, en presencia de un trato único, ya por tratarse de un acto simple, sea por la combinación de elementos de distintos tipos negociales con tipicidad legal o social, ora por su creación ex novo, bien por enlace de los elementos de contratos típicos con otros originarios (v.gr., los contratos complejos, mixtos y atípicos), donde, estricto sensu, deviene imposible, también por ausencia de pluralidad negocial.*

*En análogo sentido, la simple pluralidad de negocios, tampoco determina per se la confluencia negocial. Es menester, un nexo, vinculación o unión teleológica o funcional de los distintos acuerdos con relevancia jurídica, de uno sobre otro o respecto de todos, ‘en el sentido de que uno solo de ellos*

*reciba la influencia del otro (dependencia unilateral), o en el sentido de que dicha influencia sea recíproca (dependencia bilateral). El nexo de dependencia puede, además, derivar, ya de un concurso simultáneo, ya de una secuencia de actos dispuestos en orden cronológico.*

*En especial pueden darse: a) una coligación de índole genética, modificatoria o extintiva, que se manifiesta en el hecho de que un negocio ejerce su influencia en la formación, en la modificación o en la extinción del otro; b) una coligación de índole funcional y efectual, que se manifiesta no sólo en el hecho de que uno de los negocios encuentra su fundamento en la relación surgida del otro, sino, más generalmente, en el hecho de que los actos de autonomía privada tienden a la persecución de un resultado común; c) una coligación de índole, por así decirlo, 'mixta', o sea al mismo tiempo genética y funcional' (...).*

***(...) En consecuencia, la pluralidad negocial, la relación o coligación teleológica, la unitariedad y unicidad funcional proyectada en una finalidad común, única, convergente u homogénea orientada a un propósito práctico único no susceptible de realización singular por cada uno de los contratos sino en virtud del conjunto y de todos, sin originar un negocio nuevo, autónomo o único, caracteriza el contrato coligado, cuya función se realiza por la conjunción coordinada y, de esta manera, deviene propia y distinta; la unicidad y pluralidad del interés perseguido no se traduce en un tipo único, permaneciendo en todo instante la unión de todos”<sup>86</sup>.***

Más recientemente, la jurisprudencia civil señaló en torno a los efectos de la coligación contractual:

*“Los contratos coligados, aunque mantienen su autonomía y regulación legal propia, funcionalmente dependen recíprocamente, por virtud de la operación económica pretendida por las partes, de tal suerte que las contingencias de alguno pueden repercutir en los otros.*

*De ese modo, es claro que los eventos genuinamente constitutivos de contratos coligados demandan un nexo o unión entre la finalidad y función de los distintos acuerdos con relevancia jurídica, de tal suerte que uno de ellos repercute sobre otro o respecto de todos, aunque también se puede presentar en el sentido de que dicha influencia sea recíproca, o bien, puede derivarse de un concurso simultáneo o de una secuencia de actos dispuestos en orden cronológico.*

*En ese tipo de eventos, el aspecto distintivo es que los diferentes contratos se unen, esto es, se relacionan como un todo; sin embargo, no puede confundirse el fenómeno de la coligación contractual con la existencia de varios contratos,*

---

<sup>86</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1 de julio de 2009, Expediente 05001-3103-009-2002-00099-01.

*entre las mismas partes, o con la presencia de varios actos jurídicos en el mismo documento; pues, lo trascendente, se reitera, no es el número de convenios, ni el número de textos, sino el número de causas que atan las varias convenciones con un objetivo común o interrelacionado, teleología que debe brotar evidente para mirar el negocio, con pluralidad de contratos, como uno solo*<sup>87</sup>.

La naturaleza del nexo de conexidad y la función práctica o económica realizable con los distintos contratos conexos, por supuesto incide en la determinación de los efectos de la coligación; en palabras de la Corte -con referencia doctrinaria-:

*“La coordinación, actúa funcionalmente en punto de la producción de efectos finales cuando la coligación prestacional o negocial, procura un fin o resultado práctico unitario, convergente y común basado en un interés inmediato antecedente del final único. En estas hipótesis, la variedad negocial se ata por la interdependencia funcional y teleológica y, aún cuando, cada tipo negocial conserva su individualidad normativa, su eficacia encuentra condicionamiento recíproco.*

*Es además, particularmente, exigible la confluencia de los distintos contratos en una función unitaria, esto es, ‘la unidad del interés globalmente perseguido, lo cual no excluye que tal interés sea realizado a través de contratos diversos, que se caracterizan por un interés inmediato, autónomamente identificable, que es instrumental o parcial respecto al interés unitario perseguido mediante el conjunto de contratos. En los contratos coligados debe por tanto identificarse la causa parcial de cada uno de los contratos y la comprensiva de la operación’ (...).*

*En sentido técnico, se impone la consideración unitaria del requisito constituido por el nexo teleológico o funcional de los negocios para disciplinar los intereses recíprocos en el ámbito de una finalidad consistente en el resultado práctico global unitario derivado de la communis intentio de las partes para procurar un efecto único con la unión inherente a cada negocio singular concreto, trascendiendo de esta forma a la función y al efecto específico de cada negocio mediante su articulación definitiva*<sup>88</sup>.

Así las cosas, considerando la hipótesis de conexidad o coligación que se presenta en el asunto *sub-judice*, la tarea de la cabal determinación del marco obligacional aplicable debe hacerse identificando primero los elementos jurídicos relevantes respecto de cada uno de los contratos conexos o coligados -

<sup>87</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5690-2018 de 19 de diciembre de 2018, Radicación n° 11001-31-03-032-2008-00635-01.

<sup>88</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1 de julio de 2009, Expediente 05001-3103-009-2002-00099-01. (incluye referencia a C.M. Bianca, C. Colombo, C. Di Nanni, F. Di Sabato, G. Ferrando, G.B. Ferri, B. Meoli y F. Messineo.

empezando, y seguramente con énfasis, en aquel en torno al cual giran, específicamente, las imputaciones de incumplimiento- e involucrando luego la apreciación integral o de conjunto derivada de la situación de coligación o conexidad, en cuanto tenga virtualidad para aportar elementos de juicio relevantes para la definición de los distintos tópicos que forman parte de la controversia. En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

*“7.2. En lo que atañe con las obligaciones que surgen de la conjugación de contratos, cabe señalar que, en línea de principio, deben diferenciarse, por una parte, las de cada tipo negocial utilizado y, de otra, las propias del conjunto, entendido como sistema.*

*Es que en el supuesto que se analiza, al lado de la pervivencia de cada convención y, por ende, de sus obligaciones particulares, aflora una realidad jurídica nueva y distinta de sus partes, que es el conjunto contractual, en sí mismo considerado, del que surgen deberes de conducta para todos los intervinientes, que responden al imperativo de que ese novo objeto se constituya debidamente, se mantenga y cumpla sus fines.*

*‘En las relaciones internas -explica la doctrina-, las redes presentan un nexo que está vinculado a **la colaboración** entre las partes que la integran. El elemento unificador es **la conexidad** que debemos diferenciar claramente de la integración total o parcial, de naturaleza societaria. La referida conexidad es un componente que fundamenta la existencia de elementos propios de la red como la causa sistemática, la finalidad supracontractual y la reciprocidad sistemática de las obligaciones. **Asimismo, da origen a obligaciones sistemáticas, de modo que las partes tienen entre sí obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios de conducta y, además, deberes referidos al sistema que integran**’(12).*

*En los casos de uniones de contratos, las obligaciones de los intervinientes, por lo tanto, no se reducen a las prestaciones propias de cada uno de los coligados; su actuación debe ir más allá, en tanto que, como ya se reseñó, la obtención del fin último, no depende del cumplimiento de las mismas, consideradas separadamente. El laborío de los interesados debe dirigirse también a lograr el engranaje de todas las convenciones aunadas, esto es, a la conformación y funcionamiento de un sistema, en el que ellas actúen como un todo.*

*El coligamiento no es la simple suma de unos elementos aislados. Es su relacionamiento, para hacerlos actuar conjunta y armónicamente. Así las cosas, propio es ver que en los casos de conexidad contractual, las personas vinculadas a la cadena, están obligadas, en primer lugar, a celebrar de forma coordinada la totalidad de los contratos que se requieren para la debida configuración de la red, lo que deben hacer con plena sujeción al proyecto de negocio pretendido; y, en segundo término, a mantener el adecuado funcionamiento del sistema así constituido, por todo el tiempo que*

*corresponda. Se trata de obligaciones que no son propias de ninguno de los contratos coligados, pero de cuya satisfacción depende tanto el surgimiento como la existencia del entramado contractual y, por sobre todo, la consecución del fin último querido por los interesados. (...) Sin duda, si el querer de los contratantes es la obtención de un negocio cuya realización exige la celebración de una pluralidad de acuerdos de voluntad funcionalmente vinculados entre sí, se impone a ellos, en aplicación del comentado principio de la buena fe, adecuar su comportamiento a los señalados deberes relacionados con la idónea conformación y el adecuado funcionamiento del sistema, en tanto que, en el caso de los circuitos contractuales, su cumplimiento está directamente relacionado con el logro efectivo de la operación económica proyectada desde el inicio por los interesados. (...) En suma, el coligamiento de contratos impone a quienes integren la cadena por ellos conformada, el deber de atender las obligaciones propias de las convenciones conjuntadas y, adicionalmente, las que se derivan de la integración misma, entendida como sistema, particularmente, las relacionadas con su adecuada conformación y su apropiado funcionamiento. (...) Es que puestas las convenciones celebradas en el contexto que les corresponde, esto es, en el de su unión o estrecha ligazón funcional, surge patente la idea de que el cumplimiento que se espera de los intervinientes y que, por lo mismo, les es exigible, concierne tanto con la satisfacción de las obligaciones derivadas de cada una de ellas, como del conjunto (sistema). De allí que la insatisfacción de unas y otras califique como contractual, pues así como los contratos se integran para actuar como un todo, sin que luego pueda escindírseles, algo parecido pasa con las obligaciones, de modo que no sea factible separarlas para pensar que su desatención da lugar, en ciertos casos, a responsabilidad contractual y, en los restantes, a responsabilidad extracontractual”<sup>89</sup>.*

Como se ha señalado reiteradamente, la controversia que ocupa la atención del Tribunal gira alrededor de los incumplimientos que imputan las Convocantes a las Convocadas en relación con el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión celebrado el 13 diciembre 2017 entre aquéllas, en calidad de Fideicomitentes, y BTG Fiduciaria, el cual también menciona a BTG Re Income, en calidad de Fideicomitente y de Administrador Designado, según se indica en el texto negocial, en el explícito entendido que el objeto del referido Contrato apuntaba a la constitución de un patrimonio autónomo por intermedio del cual se haría una inversión en derechos fiduciarios de otro patrimonio autónomo -subyacente-, lo que inexorablemente generaba -como en efecto generó- una conexión entre los respectivos contratos fiduciarios.

Por supuesto, es claro que la competencia de este Tribunal deriva y se circunscribe al Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, cuya cláusula compromisoria fue la invocada para habilitar el adelantamiento del presente

---

<sup>89</sup> Sala Civil, Sentencia SC18476 de 15 de noviembre de 2017, Rad. 68001-31-03-001-1998-00181-02 (incluye cita a Ricardo Luis Lorenzetti).

trámite, pero sin que ello quiera significar que para la determinación del contenido obligacional de dicho Contrato, y para la valoración de las conductas desplegadas en relación con el mismo, pueda ni deba prescindirse, en lo que se estime pertinente, de la contemplación de la estructura y el marco prestacional del negocio jurídico conexo -el Contrato de Fiducia de Administración y Pagos-, cuya ejecución estaba llamada a marcar la realización del objeto de aquel negocio de inversión. Entonces, no tiene discusión que este Tribunal está habilitado para juzgar y decidir diferencias relacionadas con las imputaciones de responsabilidad planteadas únicamente en el ámbito específico del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, lo que no impide que en la tarea de valoración de las conductas contractuales sobre las que se controvierte, pueda y deba considerar el conjunto prestacional propio de la operación integralmente concebida, precisamente por razón de la conexidad o coligación advertida entre los dos negocios fiduciarios, la cual, incluso, se extiende en lo pertinente, en diferente nivel y de distintas maneras, a otros contratos como los de Construcción y de Interventoría -y hasta el de “Gerencia”, no formalizado mediante escrito separado- asociados a la ejecución de la etapa de construcción del inmueble sobre el que habrían de desarrollarse fases posteriores del proyecto.

Con este entendido, respetuoso del principio de habilitación, al tiempo que acompasado con la cabal apreciación de los hechos y circunstancias propias de la ejecución negocial llamada a tener incidencia en la esfera de la responsabilidad imputada a las Convocadas, se comparte lo relevante de la inquietud en esta materia plasmada en el alegato final de BTG Re Income según la cual “(...) *el Tribunal no debe perder de vista que el pacto arbitral contenido en el Contrato de Fiducia de Inversión confiere competencia a este Tribunal para dirimir controversias relativas al Contrato de Fiducia de Inversión y no extiende para habilitarlo para decidir sobre la interpretación o cumplimiento del Contrato de Fiducia Subyacente*”<sup>90</sup>.

En este orden de ideas el Tribunal, de cara al examen de la configuración o no de la responsabilidad imputada en este proceso, tendrá en cuenta la coligación contractual a la que ha hecho alusión, con el alcance, finalidad y objetivo señalados.

#### **2.4. MARCO CONTRACTUAL DE REFERENCIA.**

A continuación, se identificarán los principales acuerdos contractuales que fueron instrumentados para efectos de poner en marcha el proyecto denominado “Boho Market Calle 18”, coligados entre sí como se acaba de reseñar, unos de los cuales tienen entre sus actores a los sujetos vinculados a esta litis.

Obviamente, se relacionarán aquellos que tienen una importancia relevante para el desarrollo del proyecto y para el análisis de la situación planteada en el litigio, en tanto hubo múltiples contratos que, si bien pudieron participar de la primera

<sup>90</sup> Segundo párrafo inicial del literal A. del capítulo IV. del alegato.

connotación, no la tienen para desatar la controversia que a través de este Laudo se resolverá.

Se muestra a continuación la mera identificación y reseña básica de los contratos aludidos, en tanto los análisis específicos sobre las obligaciones relevantes para esta litis, surgidas de ellos, se hace en un acápite separado.

#### **2.4.1. EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE INVERSIÓN.**

El Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión constituye la puerta de entrada de las Convocantes al proyecto, a través del cual se estructuró el Patrimonio Autónomo de Inversión denominado Derechos Boho Market Calle 18 y que fue suscrito con fecha del 13 de diciembre de 2017 entre BTG Pactual Sociedad Fiduciaria S.A. y los Fideicomitentes, dentro de los cuales aparecen las sociedades que son Demandantes en este proceso. En el marco de las estipulaciones contractuales de este acuerdo se creó la figura del Administrador Designado, se establecieron sus obligaciones y prerrogativas, y se designó a la sociedad BTG RE INCOME S.A.S. en dicha calidad. Es relevante indicar que esta última sociedad fue, además, suscriptora del Contrato en su calidad de Fideicomitente.

Se trató, entonces, del mecanismo contractual propuesto por BTG a los inversionistas para, entre otras cosas, canalizar las inversiones a través de un solo sujeto que las transferiría a su vez, en gran parte, al Patrimonio Autónomo Subyacente.

De la misma manera, sería el vehículo a través del cual se gestionarían los intereses de los inversionistas en el Patrimonio Autónomo Subyacente, tanto a través del vocero del Patrimonio Autónomo, como del Administrador Designado, cada uno según su rol y sus funciones, diferenciadas conforme de examinará en apartados posteriores de esta providencia.

En dicho contrato se consagró la cláusula arbitral que da lugar a la competencia de este Tribunal para resolver la litis.

Por razones obvias, es un acuerdo contractual de amplio contenido prestacional para las partes del presente litigio y, por lo tanto, del cual parten la mayoría de los análisis en torno a la existencia y alcance de las obligaciones de la parte convocada.

#### **2.4.2. EL CONTRATO DE FIDUCIA “PATRIMONIO AUTÓNOMO SUBYACENTE” Y SU OTROSÍ INTEGRAL NO. 1.**

Si bien es cierto que el Patrimonio Autónomo Subyacente existía de manera previa a la celebración del recién reseñado Contrato de Fiducia de Inversión, y que estaban establecidas en él unas reglas contractuales igualmente preexistentes,

también lo es que con el ingreso de BTG Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión a la órbita del Fideicomiso Subyacente se confeccionaron unas nuevas reglas integrales de regulación del mismo, las cuales están contenidas en el Otrosí Integral al que a continuación nos referiremos con más detalle.

El Otrosí Integral No. 1 al Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos “FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18” fue suscrito por Ópera Inversiones Urbanas S.A.S., ADAR Partners S.A.S., BTG Pactual Sociedad Fiduciaria S.A. y Alianza Fiduciaria S.A. con fecha del 1 de marzo de 2018, y el mismo *“modifica de manera integral el contrato de fiducia mercantil de administración y pagos en virtud del cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18””*.

Dicho Patrimonio Autónomo tenía por objeto *“permitir al Gerente llevar a cabo el desarrollo, la construcción, administración y operación del **Proyecto** en el Inmueble.”*

A este Patrimonio Autónomo llegarían los recursos de capital, tanto aquellos correspondientes a los inversionistas, como los que tenían fuente en el endeudamiento, necesarios para llevar a cabo el proyecto y, a su vez, era titular de derechos fiduciarios en otro Patrimonio Autónomo que inicialmente era quien detentaba la titularidad sobre el derecho de dominio del bien inmueble sobre el cual se haría la construcción.

#### **2.4.3. EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN.**

Se trató de un contrato de construcción bajo la modalidad de administración delegada, suscrito entre Ópera Inversiones Urbanas S.A.S., en calidad de contratante, e ICI Inversiones & Construcciones Industrializadas S.A.S. en calidad de Administrador Delegado, con fecha del 1 de noviembre de 2017 y con una vigencia inicial de 9.5 meses. Con fecha del 15 de septiembre de 2018 se suscribió el Otrosí No. 1 al Contrato de Administración Delegada, en el cual, entre otras cosas, se amplió en 16 meses adicionales el plazo de ejecución del contrato y se incrementó la remuneración del constructor, pasando del 4.5% más IVA al 5.5% más IVA.

#### **2.4.4. EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.**

Se trató del contrato suscrito entre Ópera Inversiones Urbanas S.A.S., en calidad de contratante, y Dirección Integral de Proyectos S.A.S. “DINPRO S.A.S.”, en calidad de contratista, con fecha del 15 de noviembre de 2017, para la Interventoría Técnica y Administrativa del proyecto Boho Food Market Calle 18 en Bogotá (Cundinamarca). Dicho contrato tenía una vigencia inicial de 10 meses contados a partir de la firma del acta de inicio, que culminarían el 15 de septiembre de 2018; sin embargo, las partes suscribieron el Otrosí Nro. 1 con

fecha del 1 de agosto de 2018, en el cual se amplió el plazo hasta el 30 de noviembre de 2019 y, además, se incrementó la remuneración para el Interventor.

#### **2.4.5. EL CONTRATO DE FIDUCIA “INMOBILIARIO”.**

Se trató del Contrato de Fiducia Mercantil de Parqueo, celebrado mediante la escritura pública Nro. 1856 del 25 de octubre de 2016, corrida en la Notaría Sesenta y Cinco del Círculo de Bogotá, entre Alessandro Satacino, Alianza Fiduciaria S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Boho Market, y Ópera Inversiones Urbanas S.A. Fruto de la celebración de dicho contrato se creó el Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso 50C-105515, al cual le fue transferido el inmueble sobre el cual se construiría el edificio proyectado; no obstante, se tiene noticia que la titularidad del dominio sobre el lote fue a su vez trasferida a Bancolombia en el marco de un proceso de obtención de financiamiento para el proyecto a través de un leasing inmobiliario, y en tal medida el presente contrato no tiene una importancia relevante para desatar la litis que ocupa la atención del Tribunal.

#### **2.5. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEPRECADA EN EL ASUNTO SUB-LITE.**

##### **2.5.1. EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIDUCIA DE INVERSIÓN. NUMERACIÓN**

La responsabilidad invocada en este proceso por incumplimiento contractual trae como vengero las obligaciones surgidas del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión referenciado en el acápite anterior, con todo el contenido prestacional que de él deriva, conforme se irá poniendo de presente a lo largo del estudio de las imputaciones formuladas en la demanda. En tal medida, funge fundamental iniciar con un análisis referido a la existencia y a la validez de tal acuerdo negocial.

En cuanto a la existencia del contrato, encuentra el Tribunal que se reúnen los requisitos asociados a la expresión de las recíprocas voluntades de los sujetos intervinientes, las cuales -se presume- coinciden con el querer de los sujetos que las exteriorizar, no solo en los elementos de la esencia del negocio jurídico celebrado, sino, también, en múltiples y variados elementos accidentales que consideraron importantes. Igualmente se cumplió con la posibilidad y determinación del objeto contractual e, inequívocamente, se buscó la producción común de los efectos jurídicos perseguidos por las partes. El acuerdo de voluntades fue recogido en un documento suscrito por los intervinientes, evidencia inequívoca de su existencia, que las partes del mismo reconocen.

De otro lado, analizados los requisitos exigidos para la validez del acto jurídico, vale decir, en lo principal, la capacidad de los contratantes, su voluntad libre de vicios y el objeto y la causa lícitos, no encuentra este Tribunal reparo alguno, lo que también se acompasa con la posición de las partes, que no discuten sobre la eficacia jurídica del negocio formalizado.

No sobra mencionar que las referencias efectuadas en relación con la existencia y validez no solo son predicables del componente contractual asociado propiamente al Acuerdo Fiduciario, sino también en lo que respecta al componente contractual que vincula al Administrador Designado, de todo lo cual surgen derechos y obligaciones en función de los roles y funciones de las distintas calidades jurídicas involucradas en la relación negocial celebrada.

Vale reiterar que ninguno de los intervinientes en el litigio enarboló argumento alguno asociado a la inexistencia o invalidez del negocio jurídico celebrado, sobre el que versa este proceso, circunstancia que refuerza el análisis realizado a este respecto por el Tribunal.

Como consecuencia de lo anterior, sin duda se entiende verificada la exigencia relativa a la existencia y validez del negocio jurídico contrato sobre el que versa el debate de responsabilidad por incumplimiento contractual.

#### **2.5.2. LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES INVOCADOS POR LAS CONVOCANTES.**

Como se ha señalado, en la demanda arbitral las Convocantes solicitan, en esencia, que se declare *“que las Convocadas incumplieron las obligaciones contraídas en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, celebrado el 13 de diciembre de 2017 con las Convocantes”*, y que *“son contractual y solidariamente responsables de los perjuicios patrimoniales causados”* como consecuencia del referido incumplimiento (pretensiones segunda y tercera).

Para soportar su reclamación, las Convocantes invocan, en el capítulo de los “HECHOS”, diversas circunstancias y elementos de orden fáctico a partir de los cuales se identifica el perfil del catálogo de los incumplimientos que imputan a las Convocadas, algunos predicables de las dos demandadas, y otros referidos a cada una de ellas. A partir de esta consideración, el Tribunal examinará los incumplimientos “comunes” planteados en contra de ambas convocadas, los que se dirigen contra BTG Fiduciaria y, por último, los que se predicen de BTG Re Income.

En el primer grupo -incumplimientos “comunes”- se estudiarán (i) la falta de gestión, control y vigilancia debida y (ii) la desatención del deber de información. En el segundo -incumplimientos imputados a BTG Fiduciaria-, (i) la falta en exigir la gestión oportuna del Administrador Designado, (ii) la delegación de funciones inherentes a la Fiduciaria en el Administrador Designado, intención de

limitación de la responsabilidad de aquélla con la designación de éste y supuesto conflicto de interés, y (iii) la desatención del deber de confidencialidad y reserva del Contrato. En el tercero -incumplimientos imputados a BTG Re Income-, los asociados a la desatención de las funciones relativas a (i) administrar, suscribir o vigilar, según el caso, los contratos de los cuales el Patrimonio Autónomo sea parte, así como cumplir con las obligaciones de los contratos que lo vinculen con el Patrimonio Autónomo Subyacente; (ii) instruir a la Fiduciaria por escrito, sobre todas las cuestiones necesarias para realizar debidamente las actividades relacionadas con la inversión en el Patrimonio Autónomo; (iii) dar instrucciones a la Fiduciaria sobre el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo; (iv) representar al Patrimonio Autónomo en la asamblea y demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente; y (v) objetar las rendiciones de cuentas de la Fiduciaria en representación de los Fideicomitentes.

En el orden así anunciado se desarrollará el estudio del Tribunal, teniendo como referentes, de un lado, el marco legal y jurisprudencial que, en abstracto, se estima relevante en el asunto *sub-lite*, y del otro, el marco contractual que, como es natural en controversias como la que aquí se decide, perfila el contenido prestacional a la luz del cual se analizan las imputaciones de incumplimiento pregonadas en la demanda, ambos componentes ya descritos en acápites precedentes de esta providencia.

Como se verá, por adelantado anuncia el Tribunal la conexión temática particular que se advertirá entre algunas de las reclamaciones anunciadas, por lo que no será extraño encontrar las referencias y remisiones correspondientes.

## 2.5.2.1. Incumplimientos “comunes” planteados en contra de ambas Convocadas.

### 2.5.2.1.1. Falta de gestión, control y vigilancia debida.

#### **Análisis en relación con BTG Fiduciaria**

##### a. Posición de las Convocantes.

Evocando algunas de las obligaciones a cargo de la Fiduciaria BTG, en el hecho 4 de la demanda se indica que *“Además de administrar el Patrimonio Autónomo, en virtud del Contrato la Fiduciaria se obligó, entre otras prestaciones, a lo siguiente:*

#### *Sección 12.2 Obligaciones de la Fiduciaria.*

...

*(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...*

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

...

**(f) Consagrar la actividad de administración del Patrimonio Autónomo exclusivamente en favor de los intereses de los Fideicomitentes ...**

...

**(p) Siempre y cuando no exista una norma o disposición aplicable bajo el presente Contrato para un caso específico, solicitar instrucciones precisas de parte de los Fideicomitentes cuando la Fiduciaria tenga fundadas dudas sobre la naturaleza y alcance de sus obligaciones bajo el presente Contrato. Si persistieren dudas después de recibir las anteriores instrucciones, la Fiduciaria podrá solicitar las instrucciones que sean del caso a la Superintendencia Financiera de Colombia...**

**(q) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad del Contrato ...”.**

A propósito del alegato de conclusión, se evocaron estas mismas obligaciones y, además, la de “*Velar porque se conserven debidamente los Bienes Fideicomitados y tomar las medidas de seguridad que sean necesarias.*”

En otro aparte de la demanda, de manera indistinta en relación con las dos sociedades demandadas, se afirma en su hecho 19 que: “*Al parecer las Convocadas entendieron, o quisieron entender, que sus funciones se limitaban a recibir unos recursos de las Convocantes y los demás inversionistas, y trasladarlos (dejándolos a su suerte) al Patrimonio Autónomo Subyacente, sin necesidad de hacer el debido control, vigilar las inversiones, gestionar los riesgos, pedir cuentas, y en general, apersonarse de los derechos de las Convocantes*”, con lo cual se denota que las Demandantes entendieron que ambas entidades Demandadas, dentro de ellas la Fiduciaria BTG, tenían a su cargo la obligación de gestionar, controlar y vigilar debidamente la inversión de los recursos y que tales obligaciones alcanzaban incluso la esfera de lo que ocurriera en la ejecución del objeto del patrimonio autónomo subyacente.

Así mismo, referido al informe del 30 de abril del año 2020, en el cual se advertía por la Fiduciaria BTG a las Demandantes sobre el riesgo de perder la tenencia material del inmueble sobre el cual se desarrollaba el proyecto, se indicó en el hecho 32 de la demanda que “*la grave situación actual del proyecto....Es una muestra clara y grave de la negligencia de las Convocadas haber permitido que el proyecto llegara a tal situación, lo que sólo se explica por el incumplimiento de las obligaciones de la Fiduciaria de administrar el patrimonio autónomo con la diligencia que corresponde a su carácter profesional y de controlar y supervisar el riesgo del mismo; y del Administrador Designado, de representar a los inversionistas ante la Fiduciaria y ante el Patrimonio Autónomo Subyacente, lo que le exigía impartir las instrucciones correspondientes para la inversión de los dineros y vigilar el correcto manejo de los recursos*”.

A propósito del alegato de conclusión presentado por la parte Convocante, refiriéndose al alcance de las obligaciones de la Fiduciaria, dado su carácter de profesional y con observancia del principio de buena fe, como integrador de las obligaciones a cargo de dicha entidad, se afirma que *“el carácter profesional, en atención a los conocimientos que ostenta y a la infraestructura que lo distingue, en consonancia con el postulado de la buena fe, le impone al fiduciario unos deberes específicos de actuar con lealtad, transparencia, vigilancia, eficacia, oportunidad, prudencia y diligencia en el manejo de los bienes fideicomitidos, de facilitar la ejecución del contrato, de respetar los intereses del cliente y de emplear todos los actos que sean necesarios para lograr la finalidad de la fiducia, circunstancia que genera confianza en los consumidores financieros”*.

De igual manera, en dicho escrito se evocó, entre otros, el deber de previsión, en virtud del cual las sociedades fiduciarias *“...deben prever los diferentes riesgos que puedan afectar el negocio y a los bienes fideicomitidos...”*.

En otro aparte del alegato, descendiendo a los incumplimientos propiamente dichos, se hicieron las siguientes afirmaciones:

- *“Las Convocadas no se aseguraron de que el Patrimonio Autónomo Subyacente, al momento de recibir los recursos aportados por los inversionistas a quienes representaban, tuviera una situación financiera y contable sana y consistente con la realidad del negocio”*. Lo anterior en la medida que a la hora de hacer los traslados de los primeros recursos de inversión al PA Subyacente por parte del PA de Inversión, esto es en marzo de 2018, la contabilidad del PA Subyacente mostraba anticipos sin legalizar por más de \$4.200 millones, unos deterioros o pérdidas por más de \$3.100 millones y no evidenciaba correctamente el endeudamiento, incluso en las partidas referidas a BTG RE Income.
- *“Las Convocantes contrataron, no sólo con una Fiduciaria, sino también con un especialista en gestión de proyectos inmobiliarios, y para infortunio de aquéllas, ambos – la Fiduciaria y el Administrador Designado – descuidaron a tal punto los intereses de los inversionistas, que el gerente del proyecto encontró un camino totalmente despejado para apropiarse de los recursos”*.
- *“De allí que si las Convocadas hubiesen ejercido correctamente sus funciones desde la suscripción del Contrato, como les correspondía, se habrían dado cuenta de forma inmediata del manejo irregular que OIU le venía dando al fideicomiso y habrían tenido las alarmas encendidas, de allí en adelante, para evitar que el gerente, por la vía del giro de recursos mediante anticipos, se apropiara ilícitamente o desviara los dineros destinados a la construcción del proyecto. No fue después de la paralización del proyecto, a finales de 2019, cuando las Convocadas tuvieron motivos para sospechar que algo irregular estaba pasando; si hubieran hecho las cosas bien, como les correspondía, desde cuando fueron contratadas por los inversionistas, habrían tenido suficientes elementos para advertir que con semejante manejo de los recursos*

*por parte del gerente, el proyecto estaba abocado al fracaso, como terminó ocurriendo”.*

- *“Las Convocadas nada hicieron para evitar que el gerente desviara los recursos, a pesar de que tenían todas las herramientas y la información para precaver el fraude”.*
- *“¿En qué cabeza cabe que la Fiduciaria (como titular del 80% de los derechos en el Patrimonio Autónomo Subyacente) y el Administrador Designado (encargado de vigilar la ejecución de este fideicomiso) hayan visto crecer inusualmente la cuenta de anticipos sin legalizar en los estados financieros (que recibían mensualmente), y no se les haya ocurrido siquiera preguntar cuál era el uso de los recursos? El representante legal del Administrador Designado lo dijo expresamente en su declaración: el gerente del proyecto le rendía cuentas a Alianza, pero sus “jefes últimos” era los fideicomitentes (es decir, entre otros, la Fiduciaria, con el 80% de participación). Si el Administrador Designado tenía esta claridad, ¿por qué no pidió que el gerente le rindiera cuentas a él y/o a la Fiduciaria sobre el uso de los recursos?”.*
- *“Es inexplicable que con la información a la que las Convocadas tenían acceso, y dadas las funciones que se les encomendaron en virtud del Contrato, no hayan tenido siquiera una alerta o un motivo de duda en relación con gran cantidad de movimientos que aparecen en los extractos mensuales del Patrimonio Autónomo Subyacente, como por ejemplo los siguientes, que destacamos por su relevancia:*
  - *Giro por \$425 millones al patrimonio Boho Market Usaquéen, en junio de 2018.*
  - *Giros a la propia OIU por más de \$95 millones en marzo de 2018, más de \$310 millones en abril de 2018, más de \$130 millones en junio de 2018, más de \$250 millones en agosto de 2018, más de \$1.430 millones de diciembre de 2018, más de \$2.180 millones en junio de 2019, y más de \$645 millones en julio de 2019”.*
- *“Ahora bien, en cuanto al tema de anticipos sin legalizar, que tienen toda la relevancia por haber sido el mecanismo utilizado por el gerente para cometer el fraude, las sorpresas no son menores. Las Convocadas no pueden eludir su responsabilidad afirmando, como lo han hecho, que sólo vinieron a saber (y que sólo podían hacerlo en ese momento, según dicen) sobre la situación de los anticipos cuando el proyecto fracasó”.*
- *“Las Convocadas no ejercieron el debido control respecto de la contabilidad del Patrimonio Autónomo Subyacente y las rendiciones de cuentas de Alianza”.*

- *“Pero todavía más grave, apenas en agosto de 2020, es decir, un año después de la suspensión del proyecto, remitieron una comunicación a Alianza atribuyéndole algún tipo de responsabilidad. Y mientras tanto, OIU seguía siendo el gerente, lo que le permitió restituirle el inmueble de manera inconsulta a Bancolombia, sin que a las Convocadas se les hubiese ocurrido siquiera garantizar la tenencia del bien (por ejemplo, removiendo antes al gerente para examinar y poner en práctica opciones de salvamento del proyecto).”*
- *“Las Convocadas no hicieron el debido seguimiento al desarrollo de la obra”.*
- *“Para advertirlo, basta leer la respuesta del propio Administrador Designado al derecho de petición presentado por una de las Convocantes, en la que manifestó que “según los informes de seguimiento enviados por Dinpro”, ocurrieron situaciones tan graves como las siguientes:
  - *Entre noviembre de 2018 y agosto de 2019 (cuando la obra finalmente se detuvo), el proyecto tuvo un avance sobre ruta crítica de apenas un 1% (varió del 24% al 25%, ¡en casi un año!).*
  - *En noviembre y diciembre de 2018 no se ejecutaron actividades.*
  - *La obra estuvo suspendida entre febrero y mayo de 2019”.**
- *“Pero no sólo el Administrador Designado conoció de la suspensión de la obra. La Fiduciaria también lo supo, y se quedó tranquila con la explicación de que faltaban los recursos del leasing”.*
- *“Esta sola respuesta demuestra que la Fiduciaria no era ajena a la evolución del proyecto. Lo que ocurre es que, al igual que el Administrador Designado, para nada le importó que la obra no avanzara, y no se le ocurrió (siendo fideicomitente en el 80%) exigirle al gerente que rindiera cuentas. Si la Fiduciaria lo hubiera hecho, en cumplimiento de sus obligaciones de proteger los bienes del Patrimonio Autónomo y de colaborar para la obtención del fin del Contrato, de forma inmediata hubiese detectado las irregularidades cometidas por OIU”.*
- *“Pero allí no paran los desafueros de las Convocadas. Ambas pasaron por alto las modificaciones sustanciales a los contratos de construcción y de interventoría, y lo que esto implicaba para el éxito del proyecto”.*
- *“Las Convocadas omitieron absolutamente el cumplimiento de sus funciones para garantizar que el Patrimonio Autónomo Subyacente tuviera una estructura adecuada de supervisión y gobierno que permitiera controlar las actuaciones del gerente”.*
- *“...el gerente del proyecto pudo desviar los recursos debido a la ausencia absoluta de una estructura adecuada de supervisión y gobierno del Patrimonio Autónomo Subyacente...”.*

- *“Las Convocadas nunca exigieron la firma del Contrato de Gerencia y Operación con OIU”.*
- *“Las Convocadas no ordenaron la citación de reuniones ordinarias ni extraordinarias del Patrimonio Autónomo Subyacente”.*
- *“La propia Fiduciaria, sociedad vinculada con el Administrador Designado, manifestó que era a éste a quien correspondía promover las citaciones a las reuniones de Asamblea del Patrimonio Autónomo Subyacente, y que la Fiduciaria no recibió ninguna instrucción en tal sentido”.*
- *“La Fiduciaria no participó en las reuniones de Asamblea Extraordinaria en las cuales se aprobó la operación de leasing con Bancolombia, y a pesar de ello, las actas fraudulentas elaboradas por el gerente dan cuenta de su supuesta intervención en esas reuniones.”* Se recrimina a la Fiduciaria por, no obstante conocer las operaciones de endeudamiento adelantadas por el Patrimonio Autónomo Subyacente, no haber indagado por las actas aprobatorias de dicha operación, con lo cual hubieran identificado la supuesta adulteración, asociada a la representación de la Fiduciaria BTG en calidad de vocera del PA de Inversión en una reunión a la que afirman no haber asistido nunca y que con tal evidencia debían haber procedido con la remoción no solo del gerente, sino también de Alianza.
- Las Convocadas no exigieron a Alianza la constitución de pólizas de seguro a través de las cuales se protegieran los bienes fideicomitidos; sobre el particular señalaron en el alegato: *“Las Convocadas no sólo dejaron el proyecto librado a la voluntad de un gerente con absoluta soberanía (y sin ningún control) sobre el manejo de los recursos, sino que además no tuvieron siquiera el cuidado de instruir a Alianza para que contratara las pólizas que habrían cubierto los riesgos a los que se exponían los dineros entregados al Patrimonio Autónomo Subyacente, entre ellos – qué duda cabe – la posible apropiación por parte del gerente.”*
- Igualmente se endilga a las Convocadas no haberle exigido al gerente la presentación de informes oportunos, completos y fidedignos, lo cual en sus términos: *“bastaba para que se convocara a la Asamblea y se contemplara la decisión de removerlo, a la luz de lo previsto en la cláusula 11.15.i.c del Otrosí Integral.”*
- Adicionalmente, se les endilga a las Convocadas haber dado preferencia a sus propios intereses, pagándose de manera anticipada los créditos puente y no habiendo dado preferencia a los intereses del proyecto; sobre el particular afirman en el alegato: *“Nadie duda hoy de que la historia del proyecto habría sido bien distinta si, además de vigilar y controlar al gerente, la obra hubiese podido avanzar con la totalidad de los recursos que ingresaron desde el Patrimonio Autónomo al Patrimonio Autónomo Subyacente. ¿No podían las*

*Convocadas, en beneficio del proyecto, esperar a que entraran los recursos de la financiación para pagarse los créditos con el Administrador Designado, en lugar de permitir – además contrariando los términos del contrato que éste debía vigilar, como se ha explicado – que el fideicomiso quedara ilíquido y el proyecto se retrasara, con tal que el patrimonio de aquéllas quedase a salvo?”*

b. Posición de la Fiduciaria BTG.

La sociedad Fiduciaria al dar respuesta a la demanda y, especialmente a aquellos embates formulados por las Convocadas en lo que respecta al punto analizado, indicó lo que, a grandes rasgos, se resume a continuación:

- En cuanto a las obligaciones consagradas en cabeza de la Sociedad Fiduciaria en el Contrato de Fiducia de Inversión, específicamente en lo atinente al aparte 12.2, indicó que se atenderían al contenido completo del aparte contractual.
- De igual manera se pronunció al dar respuesta al hecho 19 en relación con el contenido y alcance de las funciones de la Fiduciaria, señalando que se atenían al contenido íntegro del Contrato e indicando que las mismas fueron cumplidas por la Fiduciaria, en consideración a *“las órbitas de gestión y de los deberes que le corresponden a ALIANZA FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo Subyacente, y al Gerente del Proyecto.”*
- En el mismo acápite señalado anteriormente, atribuyó a las Convocantes la asunción de algunos de los riesgos inherentes al contrato, de conformidad con la sección 7.1. del mismo e indicaron que en la sección 4.1. literal c se convino que: *“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 Fideicomitidos estará incidida por las condiciones y a los resultados del Patrimonio Autónomo Subyacente (...).”*
- Por último, en dicho aparte se indicó que *“no debe perderse de vista que la gestión de los riesgos del Patrimonio Autónomo Subyacente, y la consiguiente responsabilidad, le corresponden legal y contractualmente a ALIANZA FIDUCIARIA, como vocera y administradora de este fideicomiso.”*
- Al dar respuesta al hecho 32 de la demanda, la Fiduciaria hizo la siguiente manifestación de importancia en este punto: *“La solicitud de BANCOLOMBIA de restitución del inmueble dado en leasing, en el cual se desarrollaba el Proyecto, fue consecuencia del incumplimiento por parte del Patrimonio Autónomo Subyacente, administrado por ALIANZA FIDUCIARIA, de las obligaciones que contrajo para con dicha entidad bancaria en virtud de la celebración del contrato de leasing No. 223629 del 25 de abril de 2019 (numeral 1.20 de las pruebas documentales).*

*Esta situación bajo ningún supuesto es imputable a la conducta de BTGPACTUAL FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, o a la conducta del Administrador Designado, toda vez que a ella se llegó a raíz de la falta de recursos para atender dichas obligaciones, que fue causada por la referida 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”.*

- En cuanto a la estructura jurídica adoptada para el desarrollo del proyecto, consistente en tres patrimonios autónomos, uno constituido en BTG Pactual Sociedad Fiduciaria y los otros dos en Alianza Fiduciaria, señaló la Fiduciaria demandada lo siguiente: *“Dichos patrimonios autónomos se constituyeron en virtud de sendos contratos de fiducia mercantil, distintos y diferenciables en cuanto a sus partes, causa, objeto, derechos y obligaciones, y los roles y funciones de cada uno de los patrimonios autónomos, entre otros aspectos, aunque coligados por un propósito funcional común, consistente en la construcción, dotación y operación del Proyecto”.*
- En otro aparte de la respuesta a la demanda se indicó: *“BTG PACTUAL FIDUCIARIA, cumplió 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 éste, 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 irregularidades en el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente”.*
- Al dar respuesta al hecho 16 de la demanda, la Fiduciaria afirmó, en cuanto al contenido que en su entender tenían sus obligaciones, lo siguiente: *“BTG PACTUAL FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, no tenía a su cargo obligaciones de seguimiento de la ejecución presupuestal del Proyecto por parte del constructor, ni del avance las obras, ni de la planeación financiera del Patrimonio Autónomo Subyacente, ni de la negociación o contratación del endeudamiento para éste, ni del manejo y la disposición de los recursos del fideicomiso subyacente”.*
- En el mismo sentido, de manera posterior afirmó: *“No es cierto que BTG PACTUAL FIDUCIARIA incumplió sus obligaciones contractuales, ni que permitió que la situación del Proyecto se agravara cada día más y llegara al punto irreversible en que hoy se encuentra, pues mi representada ha cumplido con los deberes que bajo el Contrato de Fiducia de Inversión le corresponden*

*como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión y su órbita de gestión fiduciaria no comprende el manejo y la disposición de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente, administrado por ALIANZA FIDUCIARIA, ni la gestión del Proyecto, que le correspondía al Gerente del Proyecto”.*

- En el numeral 23 de la respuesta a la demanda por parte de la Fiduciaria convocada se afirmó: *“BTG PACTUAL FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, no tenía a su cargo la obligación de custodiar los activos del Patrimonio Autónomo Subyacente, que le corresponde a la vocera de éste, ALIANZA FIDUCIARIA, y en ningún momento se planteó tal cosa en las conversaciones sostenidas por los voceros de las convocadas con los voceros de las convocantes, antes de la celebración del Contrato de Fiducia de Inversión, ni en la presentación que se les entregó en relación con la oportunidad de inversión, ni es cierto que mi representada haya perdido la custodia de los bienes fideicomitidos. Siendo ello así, carece de fundamento y de prueba la referencia que se hace a una supuesta negligencia por parte de mi representada”.*
- Nuevamente se evoca el alcance de las obligaciones de la Fiduciaria Convocada al momento de proponer la primera excepción de mérito, habiéndose señalado por esta lo siguiente: *“...Las obligaciones a cargo de BTG PACTUAL FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, se establecieron en el Artículo XII del Contrato de Fiducia de Inversión, en concordancia con el artículo 1234 del Código de Comercio, a los cuales me remito, son distintas de las obligaciones asignadas al Administrador Designado, y no incluyen deberes de supervisión respecto de las acciones del Administrador Designado, ni obligaciones de seguimiento de la ejecución presupuestal del Proyecto por parte del constructor, ni del avance las obras, ni de la planeación financiera del Patrimonio Autónomo Subyacente, ni de la negociación o contratación del endeudamiento para éste, ni de la custodia de los activos del mismo, ni del manejo y la disposición de los recursos del fideicomiso subyacente, a los que sin fundamento se alude en la demanda”.*
- La segunda excepción propuesta por la Fiduciaria Convocada fue sustentada, entre otras, en las siguientes afirmaciones reiterativas: *“...mi representada no tenía a su cargo deberes de supervisión respecto de las acciones del Administrador Designado, ni obligaciones de seguimiento de la ejecución presupuestal del Proyecto por parte del constructor, ni del avance las obras, ni de la planeación financiera del Patrimonio Autónomo Subyacente, ni de la negociación o contratación del endeudamiento para éste, ni de la custodia de los activos del mismo, ni del manejo y la disposición de los recursos del fideicomiso subyacente, a los que sin fundamento se alude en la demanda, ni delegó sus deberes indelegables en el Administrador Designado, y, por consiguiente, por sustracción de materia se ha de descartar el incumplimiento que por estos aspectos se le endilga sin fundamento. En todo caso, es claro*

*que los supuestos deberes de vigilancia y control respecto de las acciones del Administrador Designado, a los que se alude en la demanda, no eran necesarios para la consecución de la finalidad del Contrato de Fiducia de Inversión, establecida en la Sección 2.2, literal (a), así: “El presente Contrato es un contrato de fiducia mercantil de inversión, que tiene por objeto la constitución de un patrimonio autónomo con los Bienes Fideicomitidos 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”.*

*BTG PACTUAL FIDUCIARIA, cumplió 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 éste, y en particular según la política de inversión establecida, 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 irregularidades en el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente”.*

En el alegato de conclusión presentado por la Fiduciaria, en las páginas 70 y 71 se puede leer lo siguiente: *“BTG PACTUAL FIDUCIARIA, en cumplimiento de su deber de administrar diligentemente el Patrimonio Autónomo de Inversión, de acuerdo con los lineamientos definidos por los Fideicomitentes y las instrucciones emitidas por el Administrador Designado (Artículo XII, numeral 12.2, literal (b), del Contrato de Fiducia de Inversión), entre otras cosas,... realizó el seguimiento del desarrollo del Contrato de Fiducia del Patrimonio Autónomo Subyacente, con base en la información de este que de tiempo en tiempo le fue suministrada por ALIANZA FIDUCIARIA mediante las rendiciones de cuentas, de acuerdo con dicho contrato y los estándares del mercado, y por el Administrador Designado, y mantuvo la relación contractual con ALIANZA FIDUCIARIA, sin perjuicio de la vigilancia válidamente encomendada por los Fideicomitentes iniciales al Administrador Designado, teniendo en cuenta que BTG PACTUAL FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, no tenía a su cargo la administración ni la co-administración del Patrimonio Autónomo Subyacente, ni la administración o co-administración del Patrimonio Autónomo Inmobiliario, ni la auditoría de la contabilidad de éstos fideicomisos, ni el desarrollo del Proyecto, ni el manejo de la relación con el Gerente del Proyecto, todo lo cual le correspondía a ALIANZA FIDUCIARIA y esta a su vez no lo podía delegar, debiendo velar por el uso adecuado de los recursos de los fideicomisos a su cargo y el desarrollo del Proyecto que se adelantaba a través del Patrimonio Autónomo Subyacente”.*

Más adelante, en el mismo escrito de alegaciones, página 75 y siguientes, afirmó: *“No es cierto que BTG PACTUAL FIDUCIARIA haya incumplido sus deberes legales indelegable de gestión de administrar diligentemente el Patrimonio Autónomo de Inversión, de controlar, medir, gestionar y supervisar el riesgo de*

*éste, y de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos en contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente, ni que ‘perdió la custodia total de los bienes fideicomitidos y puestos a su disposición’, pues mi representada ha mantenido y ejercido la vocería de este fideicomiso, en especial frente a ALIANZA FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo Subyacente, y frente al Gerente del Proyecto, y los bienes del fideicomiso de inversión que nos ocupa, que son, principalmente, los derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo Subyacente adquiridos, no han sido objeto de actos de terceros o de los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, que hicieran necesaria la actuación de mi representada para esos efectos. Al punto se pone de presente que a términos de la Sección 12.2, literal (b), del Contrato de Fiducia de Inversión, BTG PACTUAL FIDUCIARIA debía: ‘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’, como en efecto lo hizo mi representada, teniendo en cuenta: (i) los lineamientos definidos por los Fideicomitentes en el contrato, (ii) las instrucciones que fueron emitidas por el Administrador Designado, y (iii) el perfil general de riesgo del Patrimonio Autónomo de Inversión y las demás reglas señaladas en el contrato de fiducia mercantil constitutivo de éste.”*

*“...Tampoco es cierto que BTG PACTUAL FIDUCIARIA haya incumplido sus obligaciones contractuales de controlar, medir, gestionar y supervisar el riesgo del Patrimonio Autónomo de Inversión, “según su perfil general de riesgo y demás reglas señaladas en este Contrato” (Artículo XII, numeral 12.2, literales (b) y (c), del Contrato de Fiducia de Inversión), como en efecto lo ha hecho la entidad con arreglo a la normatividad aplicable en esta materia, habida cuenta de la naturaleza de los activos (derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo Subyacente), y que desde luego no incluye la gestión de los riesgos propios del Patrimonio Autónomo Subyacente, que está a cargo de ALIANZA FIDUCIARIA, en su calidad de administradora de este fideicomiso, como lo pretenden los convocantes, desconociendo sin base para ello la independencia y autonomía de los respectivos negocios fiduciarios y la consiguiente existencia e implicaciones de las dos órbitas de gestión de riesgos distintas. En cambio, BTG PACTUAL FIDUCIARIA cumplió su gestión de controlar, medir, gestionar y supervisar el riesgo del Patrimonio Autónomo de Inversión, empleando para el efecto los diferentes sistemas de administración de los riesgos asociados a su gestión de acuerdo con la normatividad aplicable, a saber: riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo; riesgo de mercado; riesgo de crédito; riesgo de liquidez y riesgo operacional, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes fideicomitidos, de conformidad con lo establecido en la Sección 7.2 del Contrato de Fiducia de Inversión.*

*Ciertamente, cada uno de los precitados patrimonios autónomos, aun cuando no tiene personería jurídica, (i) se constituye en receptor de los derechos y de las obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos*

*celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia, según lo dispone el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010; (ii) está afecto exclusivamente al cumplimiento de la finalidad señalada en su acto constitutivo, conforme lo establecen los artículos 1227 y 1233 del Código de Comercio, y (iii) los bienes fideicomitidos en cada uno se han de mantener por el respectivo fiduciario administrador, separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, en observancia del deber legal indelegable consagrado en el artículo 1234, numeral 2, del Código de Comercio, todo lo cual integra el régimen de segregación patrimonial y funcional propio del contrato de fiducia mercantil, que naturalmente se incorporó en la estructura adoptada para desarrollar el Proyecto”.*

*“...Sin perjuicio de lo anterior, a raíz de la parálisis de la obra de construcción del Proyecto, causada por la desviación indebida de recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente, hecha a través del Gerente del Proyecto, se desplegaron diversas conductas por parte de BTG PACTUAL FIDUCIARIA y del Administrador Designado, orientadas a la protección y defensa del Patrimonio Autónomo de Inversión y de los intereses de los Fideicomitentes, como lo narró al H. Tribunal el testigo GERMÁN DARÍO ABELLA ABONDANO ...”.*

#### c. Consideraciones del Tribunal.

Lo primero que analizará el Tribunal en este aparte hace referencia a determinar la existencia o no de la obligación en cabeza de la Fiduciaria BTG referida a gestionar, controlar y vigilar, y en caso afirmativo, a señalar su alcance, vale decir, identificar en relación con qué debía esta entidad desplegar estas acciones.

De la lectura del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión surge claramente que tales verbos rectores, esto es gestionar, controlar y vigilar no son ajenos a las obligaciones de la Fiduciaria y a tal conclusión se llega fácilmente incluso al momento de analizar las afirmaciones que sobre el particular se hicieron tanto al momento de dar respuesta a la demanda, como al presentar los alegatos de conclusión escritos por parte de la misma Fiduciaria demandada.

Tal como se reseñó en los párrafos precedentes, la Fiduciaria BTG no niega haber contraído estas obligaciones en relación con el Patrimonio Autónomo de Inversión, denominado Patrimonio Autónomo Derechos Boho Market, del cual era vocera, pero sí lo hace, al menos en cuanto al alcance que plantean las Demandantes, en relación con el Patrimonio Autónomo del cual era vocera Alianza Fiduciaria denominado Patrimonio Autónomo Boho Market Calle 18, también denominado a lo largo de este Laudo como Patrimonio Autónomo Subyacente.

Dando por descontado que dicha obligación de gestionar, controlar y vigilar en efecto fue contraída en relación con el Patrimonio Autónomo de Inversión, como que no ha sido un asunto controvertido en este proceso y, por el contrario, ha sido aceptado por la Fiduciaria demandada, se concentrará el Tribunal en analizar si

la misma se extendía o comprendía al mencionado Patrimonio Autónomo Subyacente, y en caso afirmativo, con qué alcance.

Con este propósito, inicia el Tribunal llamando la atención en torno a que la Fiduciaria BTG, en su condición de vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, fungió como Fideicomitente del Patrimonio Autónomo Subyacente, denominado Boho Market Calle 18, con una participación del 80% de los derechos en el Fideicomiso, y en tal condición jugó un papel preponderante a la hora de concebir los términos del Otrosí Integral No. 1 que se suscribió en relación con el Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos el día 1 de marzo de 2018. En efecto, no solo se puede visualizar en dicho Otrosí la firma de la representante legal de la Fiduciaria BTG, sino que se observan las siguientes estipulaciones contractuales, por si solas dicientes en relación con dicha entidad:

*“6. Que es la intención de los Fideicomitentes ejecutar y desarrollar el Proyecto a través del Fideicomiso y, por ende, reflejar en el presente otrosí, los términos y condiciones acordados entre ellas, por lo que se hace necesario modificar integralmente el contacto”<sup>91</sup>.*

*“1.66. **Plan Anual de Negocios:** Significa el plan anual de negocios que preparará el **Gerente** para la aprobación de BTG y la Asamblea de **Fideicomitentes...**”<sup>92</sup>.*

*“(xi) Preparar cada **Proyecto** de Plan Anual de Negocios, conforme con los términos y condiciones previstos en el Plan Anual de Negocios a consideración de BTG y a la **Asamblea de Fideicomitentes** para efectos de su aprobación...*

*...(xiii) Contratar, si BTG lo solicita a expensas del **Fideicomiso**, una firma de contadores públicos independientes para que, para que dentro de los sesenta [60] días calendario siguientes al final de cada año fiscal, presente (i) un dictamen de los estados financieros de los del **Fideicomiso**; y (ii) un informe de los cálculos de flujo de caja que haya preparado el **Gerente** para cada año fiscal, indicando si las distribuciones correspondientes cumplen con los términos estipulados en el presente Contrato. Se aclara que no es obligatorio que se lleve a cabo esta auditoría, salvo que BTG lo solicite (en cuyo caso, los costos de la misma serán asumidos por el del **Fideicomiso**)...*

*...(xix) Contratar a una firma externa de interventoría, previa solicitud y designación de BTG, para que supervise los costos de construcción y características técnicas del **Proyecto**. Los gastos derivados de dicha interventoría correrán a cargo del **Fideicomiso**...*

<sup>91</sup> Consideraciones del Contrato.

<sup>92</sup> Cláusula Primera, Definiciones.

...Se entiende que todas las inversiones y decisiones financieras, incluidas, pero no limitadas a las previstas en la presente cláusula, se consultarán previamente por el **Gerente** con BTG...

...11.4. Asuntos relacionados con terceros.

El **Gerente** no usará recursos o activos del **Fideicomiso** de alguna forma diferente que aquella orientada al beneficio exclusivo del **Proyecto**. Salvo por lo expresamente previsto en el presente Contrato, o en lo que sea aprobado por BTG, el **Fideicomiso** ni el **PA Parqueo** pagarán comisiones u otros emolumentos al **Gerente** o a sus afiliadas por el cumplimiento de las obligaciones aquí previstas. El **Gerente** podrá designar a entidades afiliadas, agentes y empleados para cumplir con sus obligaciones, bajo el entendido que la delegación no liberará a éste de sus obligaciones”<sup>93</sup>.

“12.5 Endeudamiento de Fideicomiso

(i) En la intención de los **Fideicomitentes** que el **Fideicomiso** pueda obtener uno o varios créditos, por parte de entidades financieras o no financieras de la Republica de Colombia o del exterior, con el fin de obtener los recursos necesarios para la construcción de las edificaciones en el inmueble.

(ii) Siempre y cuando BTG tenga al menos el cincuenta por ciento (50%) de los Derechos Fiduciarios en el **Fideicomiso**, BTG autorizará los términos, condiciones o modificaciones según sea el caso (a) cualquier préstamo a largo plazo que sea adquirido por los Patrimonios Autónomos; y (b) de los créditos BTG. Por otra parte, el **Gerente** notificará a BTG sobre cualquier otro préstamo o financiación para el **Proyecto**, para lo cual el **Gerente** entregará a BTG todos los documentos en los que consten los términos y condiciones aplicables al potencial préstamo o financiamiento que tenga el **Gerente** en su poder, y después de la recepción por parte BTG de dicha documentación, este tendrá diez (10) días calendario para presentar al **Gerente** cualquier comentario o recomendación con respecto a dicha potencial financiación. Si bien el **Gerente** no tiene obligación alguna de seguir y/o implementar los comentarios o recomendaciones suministrados por BTG, el **Gerente** deberá explicar a BTG las razones para no seguir los mismos”<sup>94</sup>.

“(b) OIU y ADAR no Transferirán Derecho Fiduciario alguno que tengan en el **Fideicomiso** (bien sea a la fecha de este contrato o que adquieran posteriormente), salvo por lo establecido en relación a un Beneficiario Permitido de la Transferencia o que la Transferencia se haga con el consentimiento previo y expreso de BTG”<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Cláusula Décima Primera, Derechos y Obligaciones del Gerente.

<sup>94</sup> Cláusula Décima Segunda. Pago de Aportes.

<sup>95</sup> Cláusula Décima Tercera. Transferencia de Derechos Fiduciarios. 13.1. Limitación sobre la Transferencia.

*“13.6. Opción de Compra.*

*a) Al ocurrir un Cambio en el Control de cualquiera de los Promotores (el “Evento de Opción de Compra”), el Promotor que cambió de control (el “Promotor Vendedor”) otorgará irrevocablemente a BTG el derecho de adquirir libre y exento de toda carga y gravamen, en los términos previstos en el presente Contrato, sus Derechos Fiduciarios en el **Fideicomiso** (la “Opción de Compra”). Tras la ocurrencia del evento de Opción de Compra, debidamente notificado por el Promotor Vendedor a BTG, BTG tendrá el derecho, mas no la obligación, a su sola discreción, de ejercer la Opción de Compra de conformidad con los términos y condiciones establecidos en este Contrato. La Opción de Compra podrá ser ejercida por BTG dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes a la fecha de notificación del Promotor Vendedor a BTG sobre la ocurrencia del Evento de Opción de Compra y, siempre y cuando BTG sea el propietario de al menos el sesenta por ciento (60%) de los derechos Fiduciarios en el **Fideicomiso**. En el evento en que se ejerza la Opción de Compra, el Promotor Vendedor se obliga irrevocablemente a vender sus derechos Fiduciarios en el **Fideicomiso**, sujeto a los términos y condiciones establecidos en el presente Contrato”<sup>96</sup>.*

*“Generalidades. Durante la Etapa de Construcción el **Fideicomiso** contará con los fondos provenientes de los Aportes, de los Créditos BTG y de cualquier otro endeudamiento, de ser el caso. Una vez finalizada la Etapa de Construcción, si aún quedaren recursos disponibles, los mismos permanecerán en el **Fideicomiso** y serán destinados a los gastos y erogaciones que se indican adelante para la Etapa de Operación”<sup>97</sup>.*

Es relevante anotar que en dicho Otrosí se señaló que se entendería por “BTG” a la Sociedad Fiduciaria BTG PACTUAL.

De las anteriores estipulaciones del Otrosí Integral, y de su lectura y análisis sistemático, se desprende que la actuación de la Fiduciaria en el mismo no fue la de un simple inversionista que solo tuviera a su cargo la realización de la inversión y en general la adquisición de los derechos fiduciarios subyacentes; en efecto, se observa que se reservó una cantidad de prerrogativas tendientes a intervenir de manera activa no solo en el funcionamiento del Patrimonio Autónomo Subyacente, sino también en su financiación, inversiones, control, seguimiento de actividades, e incluso fijó las reglas para adquirir participaciones adicionales.

Además de las referencias ya citadas, se encuentran otras adicionales atinentes a las funciones y prerrogativas reservadas a los Fideicomitentes en general y a la Asamblea de Fideicomitentes en particular, las cuales también cobran

<sup>96</sup> Cláusula Décima Tercera. Transferencia de Derechos Fiduciarios

<sup>97</sup> Cláusula Décima Cuarta. Manejo de los Fondos del Fideicomiso y Distribuciones a los Fideicomitentes.

importancia significativa a la hora de auscultar el entendimiento que de su rol tenía la Fiduciaria BTG, en la medida que la misma era titular del 80% de los derechos fiduciarios en el Patrimonio Autónomo en el cual se desarrollaría propiamente el objeto de la actividad mercantil perseguida, y en tal condición suscribió e intervino en la redacción del Otrosí Integral. En especial, pertinente resulta citar las siguientes:

**“CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES...”**

*1.4. Asamblea de Fideicomitentes: Será el órgano máximo de dirección del Fideicomiso Boho Market Calle 18, conformado por los Fideicomitentes del Fideicomiso...*

*...1.18. Contrato de Gerencia y Operación: Se refiere al contrato de desarrollo y operación del Proyecto que será suscrito entre el Fideicomiso y el Gerente, con el ánimo de que éste último asuma el desarrollo, la gerencia y administración del Proyecto. Los términos, condiciones y lineamientos generales de este contrato deberán ser aprobados por la Asamblea de Fideicomitentes....*

*...1.20. Control: Significará (incluyendo los términos “Controlar”, “controlados por” y “bajo control común con”) la posesión, directa o indirectamente, a través de uno o más intermediarios, de la facultad de dirigir o causar la dirección de la administración o de las políticas o acciones de una persona, ya sea a través de la propiedad de participaciones con derecho a voto, por contrato o de cualquier otra manera...*

*...1.26. Derechos Fiduciarios: Significará los derechos fiduciarios que correspondan a cada Fideicomitente en el Fideicomiso, que representan la participación de los Fideicomitentes en cuanto a la propiedad de los activos fideicomitados en el Fideicomiso, y que otorga a los tenedores los siguientes derechos pero sin limitarse solo a estos: (i) decidir y votar en las reuniones de Asamblea de Fideicomitentes mediante las prerrogativas específicas aquí estipuladas y en el contrato de fiducia del Fideicomiso de Administración y Pagos;(ii) recibir participación en las utilidades que genere el Fideicomiso ...*

*1.38....A la fecha de celebración de este Otrosí integral, los Fideicomitentes y sus porcentajes de participación en los Derechos Fiduciarios son los siguientes:*

<i>FIDEICOMITENTE</i>	<i>PORCENTAJE DE DERECHOS FIDUCIARIOS</i>
<i>BTG</i>	<i>80%</i>
<i>OIU</i>	<i>10%</i>
<i>ADAR</i>	<i>10%</i>

**“QUINTA:  
OBJETO DEL CONTRATO**

El **Fideicomiso** tiene como finalidad permitir al Gerente llevar a cabo el desarrollo, la construcción, administración y operación del **Proyecto** en el Inmueble. En desarrollo de lo anterior, el **Fideicomiso** tendrá como objeto, entre otros, lo siguiente:

“5.2. Permitir al tercero que el **Gerente** contrate para tal efecto, la construcción de las edificaciones en el Inmueble que se requieran para ejecutar el **Proyecto**, para lo cual el **Gerente** celebrará el Contrato de Construcción y los demás contratos que sean necesarios y requeridos para completar las referidas obras, conforme con las construcciones que en tal sentido imparta la **Asamblea de Fideicomitentes**”.

“5.5. Cumplir con la obligaciones contraídas por el **Fideicomiso** para el desarrollo del **Proyecto**, con el fin de garantizar y celebrar cualquier contrato de crédito, préstamo u operación financiera u otra alternativa de financiación para el desarrollo del **Proyecto** (incluyendo, pero sin limitarse, a créditos Constructores y financiaciones a largo plazo), y coadyuvar con la realización de cualquier gestión, incluyendo sin limitarse, la firma de los documentos que resulten necesarios para la formalización de los créditos o el otorgamiento de las garantías que llegaren a ser exigidas sobre el Inmueble, conforme con las instrucciones que en tal sentido imparta el **Gerente** o la **Asamblea de Fideicomitentes**, según sea el caso”.

“5.10. Ser parte deudora frente a cualquier préstamo, financiamiento o cualquier otro préstamo que el **Fideicomiso** obtenga durante la vigencia de este Contrato, y cumplir con los términos y condiciones de los mismos, conforme con las instrucciones que en tal sentido imparta el **Gerente** o la **Asamblea de Fideicomitentes**, según sea el caso”.

“5.11. Otorgar garantías, con cargo al Inmueble, que sean requeridas por el **Fideicomiso** para garantizar préstamos y las operaciones de financiamiento indicadas en esta cláusula, conforme con las instrucciones que en tal sentido imparta el **Gerente** o la **Asamblea de Fideicomitentes**, según sea el caso”.

“5.12. Celebrar los Créditos que instruyan los **Fideicomitentes** para la financiación del desarrollo del **Proyecto**, para lo cual podrá entregar al Banco los documentos que sean necesarios para tramitar los Créditos y firmar los documentos que resulten necesarios para la formalización de los Créditos o el otorgamientos de las garantías que llegaren a ser exigidas sobre los inmuebles, incluyendo pero sin limitarse a la constitución de hipotecas o cualquier otro gravamen sobre los bienes fideicomitados del **Fideicomiso** o los Inmuebles, conforme con las instrucciones que en tal sentido imparta la **Asamblea de Fideicomitentes**”.

“CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA. ASAMBLEA DE FIDEICOMITENTES.”  
Numeral 15.7 Quórum para Decidir... (c) Los siguientes asuntos serán objetos de decisión con una mayoría especial de al menos el sesenta y cuatro

*por ciento (64%) o mas de los Derechos Fiduciarios que estén representados en la respectiva reunión de Asamblea de **Fideicomitentes** (“Decisiones Materiales”)*

*(i) Celebración o modificación de los derechos de los Patrimonios Autónomos bajo cualquier contrato Material. Para propósitos de este Contrato, “Contrato Material” incluirá (i) el Contrato de Construcción , (ii) cualquier contrato de operación (incluyendo, pero sin limitarse, al contrato de Gerencia y Operación), contratos de administración del Inmueble, contratos de arrendamiento con respecto al **Proyecto**, sin incluir los Contratos de Explotación;(iii) cualquier acuerdo o contrato en relación con cualquier Decisión Material; y (iv) cualquier otro contrato o acuerdo que exija que el **Fideicomiso** y/o los PA Parqueo hagan pagos en exceso de (COP \$100,000,000), salvo en la medida en que el referido contrato o acuerdo se haya incluido en el Presupuesto Operativo Anual...*

*...15.10 Funciones de la Asamblea.*

*Son funciones de la Asamblea de **Fideicomitentes**:*

- a) Servir de máximo órgano del **Fideicomiso**.*
- b) Aprobar los términos y condiciones de los contratos que suscriba el **Gerente** en representación del **Fideicomiso** para el desarrollo del **Proyecto**...*
- ...f) Crear los órganos de administración y nombrar los auxiliares que consideres necesarios fijando sus funciones y remuneración.*
- g) Decidir la designación de un auditor que se encargue de evaluar, de manera independiente, los resultados del **Proyecto**.*
- h) Disponer la distribución del beneficio fiduciario.*
- i) Adoptar cualquier decisión que no esté asignada a otro órgano del **Fideicomiso**”.*

Las anteriores estipulaciones contractuales, contenidas en el Otrosí Integral suscrito por la representante legal de la Fiduciaria BTG, llevan a este Tribunal a concluir que en efecto la Fiduciaria BTG sí tenía -o debía tener- en su entendimiento que las labores de gestionar, controlar y vigilar el devenir del Fideicomiso Subyacente, denominado Boho Market Calle 18, sí estaban dentro de sus funciones y obligaciones, por supuesto sin perjuicio de las que, con perfil análogo o similar, competían a otros actores intervinientes en el proyecto, cada uno en el ámbito de sus respectivas responsabilidades.

En esta línea, la representante legal de la Fiduciaria BTG, a instancias del interrogatorio de parte que absolvió en este trámite, señaló:

*“PREGUNTA # 2: Muy bien, doctora Diana. Dígame al Tribunal si antes de suscribir el otrosí integral al contrato de fiducia celebrado con ALIANZA FIDUCIARIA, la Fiduciaria que usted representa hizo comprobaciones o verificaciones sobre la situación financiera y patrimonial del Patrimonio Autónomo Subyacente.*

*CONTESTÓ: Efectivamente en compañía del administrador designado RE INCOME, se hicieron validaciones de los estados financieros y de la situación en la que estaba el PA subyacente....*

*PREGUNTA # 3: Doctora Diana, le voy a poner de presente el documento que obra en la carpeta 128 de los anexos a la respuesta a la demanda presentada por la SOCIEDAD FIDUCIARIA, particularmente el documento de rendición de cuentas N° 3; rendición de cuentas de ALIANZA FIDUCIARIA correspondiente al periodo 1 de septiembre de 2017 al 28 de febrero de 2018. Permítame un segundo yo ubico una parte en este documento, para hacerle la pregunta correspondiente. Me refiero al numeral 2 de este documento, que como le digo tiene fecha de corte del 28 de febrero de 2018; es decir, antes de la suscripción del otrosí integral por el que le pregunté en la pregunta anterior. Le voy a leer textualmente lo que dice este numeral. “2. Estado actual, localización e identificación de los bienes del negocio. Al corte de la presente rendición de cuentas, no se registraron bienes dentro del fideicomiso. Agradecemos remitir el reporte de mejoras al último corte de obra, con el fin de ser registradas en el balance del fideicomiso y así se refleje contablemente la realidad del mismo. A la fecha corte de la presente rendición de cuentas, se encuentra pendiente que el fideicomitente legalice al fideicomiso por concepto de anticipos de contratos y proveedores”. La pregunta que quiero hacerle, doctora Diana, es: ¿qué observaciones le mereció a la FIDUCIARIA esta rendición de cuentas sobre la situación del Patrimonio Autónomo Subyacente, antes de firmar el otrosí integral al contrato con ALIANZA FIDUCIARIA?*

*CONTESTÓ: Nosotros efectivamente vimos que los anticipos estaban pendientes de legalización y se solicitó la legalización de los mismos antes de firmar el otrosí integral. Tengo entendido que esas pruebas también reposan en el expediente, donde solicitamos la legalización de los anticipos....*

*PREGUNTA # 17: Muy bien. Voy a ponerle nuevamente de presente, doctora Diana, el otrosí integral al contrato celebrado con ALIANZA. Me voy a referir al numeral 5.3 y al numeral 7.4. El numeral 5.3, que hace parte del objeto de contrato de fiducia, dice que el fideicomiso tiene como finalidad entre otras: “5.3. Celebrar con el Gerente el contrato de Gerencia y Operación, con el fin de desarrollar, operar, administrar y explotar el Boho Food Market”. Y el numeral 7.4, dispone que es obligación de la FIDUCIARIA, o sea de ALIANZA: “7.4. Como vocera del Fideicomiso, celebrar con el Gerente el contrato de Gerencia y Operación”. Quiero preguntarle si la FIDUCIARIA BTG, como suscriptora de este contrato de fiducia, en calidad de Fideicomitente, verificó que el contrato de gerencia al que se refieren las cláusulas que le acabo de leer, se hubiera efectivamente suscrito.*

*CONTESTÓ: No verificamos la suscripción de ese contrato, pero sí verificamos que todo el rol y las facultades, y todo lo que tenía que hacer el*

*gerente del proyecto, estuviera descrito ampliamente en el contrato de ALIANZA que estás exponiendo ahí, del cual el gerente es parte y suscribe también...”.*

El dicho de la representante legal refuerza la apreciación de que, en efecto, la Fiduciaria BTG sí tenía la obligación de gestionar, controlar y vigilar el devenir del Fideicomiso Subyacente, además que, ocurrida la parálisis del proyecto, por dicha entidad se procedió al levantamiento y análisis de toda la información relevante para determinar qué había ocurrido y cuáles serían las actuaciones a desplegar a futuro, ninguna de las cuales partió de la premisa de que las referidas obligaciones de gestionar, controlar y vigilar lo que ocurriera en el aludido Fideicomiso Subyacente, no eran de su competencia.

Incluso, la representante legal de la Fiduciaria BTG suscribió la comunicación del 5 de agosto del año 2000, la cual da cuenta de un análisis juicioso de la información recabada del Patrimonio Autónomo Subyacente, y con fundamento en la cual se hacen una serie de imputaciones de responsabilidad a Alianza Fiduciaria, lo que nuevamente lleva al punto según el cual el entendimiento en efecto transcurría por la senda de que la Fiduciaria BTG tenía, entre las responsabilidades a su cargo, la de gestionar, controlar y vigilar el devenir del Fideicomiso subyacente.

Sobre este tópico, indicó la representante legal de la Fiduciaria BTG en su interrogatorio lo siguiente:

*“PREGUNTA # 20: Muy bien, creo que me queda una pregunta, y para hacerla me voy a referir a la comunicación que obra en la carpeta 1.19 de los anexos de las respuestas de la SOCIEDAD FIDUCIARIA a la demanda. Se trata de la comunicación del 5 de agosto de 2020. Discúlpeme que vaya al final, para indicarle que está suscrita por usted y por el doctor Juan Carlos Hinestrosa Gallego. En esta comunicación, que usted conoce porque la suscribió, se hace una serie de imputaciones, o de consideraciones más bien, frente a la gestión de ALIANZA FIDUCIARIA. Lo que quiero preguntarle es si esas situaciones que se pusieron de presente en esa comunicación del 5 de agosto de 2020, habían sido advertidas en algún momento con anterioridad por parte de la FIDUCIARIA, o si esta fue la primera vez que se advirtieron esas situaciones irregulares.*

*CONTESTÓ: No, esta fue la primera vez que se advirtieron esas situaciones irregulares. Pero nosotros la carta la veníamos, a partir de la parálisis del proyecto, nosotros hacemos como toda la diligencia de solicitud de información muy, muy grande, entre septiembre del 2019 y diciembre del 2019, y desde ahí estamos viendo los incumplimientos y recapitulando como toda la historia, y por eso terminamos en esta reclamación a ALIANZA.”*

Por otra parte, considera este Tribunal que la circunstancia de tener la Fiduciaria BTG la vocería del Patrimonio Autónomo de Inversión, que tenía como finalidad

la adquisición, como en efecto, ocurrió del 80% de los derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo Subyacente, el cual, a su vez, tenía el 80% de los derechos fiduciarios sobre el PA titular inicial del derecho de dominio sobre el lote de terreno en el cual se construiría el edificio, necesariamente la ponía en una posición de control sobre el adecuado cumplimiento por parte de los demás actores del proyecto de sus roles y obligaciones, máxime cuando en el ejercicio de dicho control actuaba como gestor fiduciario de una serie de clientes suyos que le depositaron la confianza de invertirle, gestionarle y controlarle sus recursos.

Valga aclarar, para finalizar lo que atañe al tema específico que viene tratándose, que el contenido de esta obligación en cabeza de la Fiduciaria BTG lo es en el entendido que se trató de una obligación de medio -que no de resultado-, partiendo de la base que la deudora en su condición de profesional debió obrar de conformidad con la diligencia que se espera en este tipo de actos de sujetos altamente calificados, mas no garantizando la obtención de un resultado específico en cuanto a rentabilidad o éxito de la inversión. En esta materia, basta remitir a las referencias conceptuales consignadas en acápite anterior de esta providencia, a alusivas a la responsabilidad contractual en general, a la responsabilidad profesional en particular y, con mayor especificidad, a la responsabilidad fiduciaria.

Así las cosas, a partir de lo concluido en punto a la existencia y alcance de la obligación a cargo de la Fiduciaria BTG que es objeto de examen en este capítulo, procederá este Tribunal a analizar si en su criterio y de conformidad con las pruebas arrojadas al proceso, se puede establecer que dicha obligación fue o no cumplida a cabalidad por esta Convocada.

Para este análisis, el Tribunal dividirá el asunto en dos momentos, el primero de ellos referido a la celebración del Otrosí Integral al Contrato de Fiducia de Administración y Pagos, origen del Patrimonio Autónomo Subyacente, y el segundo, el atinente a la ejecución del mismo.

En cuanto a la celebración del Otrosí y la designación de roles, obligaciones y facultades en el texto del mismo, debe destacar este Tribunal el amplio margen de movimiento que le fue conferido al Gerente; sobre el particular, conviene llamar la atención en relación con las siguientes estipulaciones del Otrosí:

**“DÉCIMA PRIMERA. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL GERENTE.-**

*11.1....Las funciones del Gerente son:*

(i) *Administrar, suscribir o vigilar, según el caso, los contratos de los cuales haga parte el Fideicomiso o que sean celebrados con el fin de materializar el Proyecto, a saber, Contrato de Gerencia y Operación, Contrato de Construcción, Contratos de Explotación, contratos de leasing y*

*en general, cualquier otro contrato o acuerdo necesario para el diseño, desarrollo, operación y construcción del **Proyecto**, y cumplir con las obligaciones a su cargo según lo previsto en tales contratos.*

*(ii) Adelantar las acciones que sean necesarias para celebrar y cumplir con los contratos de crédito, o cualquier otro contrato, acuerdo y/o documento que sea necesario para la adquisición, formalización y/o perfeccionamiento del endeudamiento en que incurra el **Fideicomiso**.*

*(iii) Instruir a Alianza por escrito, dentro del ámbito de sus atribuciones y facultades, sobre todas las cuestiones necesarias para realizar debidamente las actividades relacionadas con el **Proyecto**.*

*(iv) Dar instrucciones a Alianza sobre el manejo de los recursos del **Fideicomiso**, con estricto cumplimiento de las obligaciones previstas en el presente Contrato y en lo dispuesto en el Contrato de Gerencia y Operación, con sujeción a los presupuestos aprobados por la **Asamblea de Fideicomitentes** para la ejecución del **Proyecto**.*

*(v) Realizar todas las gestiones y trámites que sean requeridos para la negociación, obtención y perfeccionamiento de endeudamiento.*

*(vi) Estructurar y adelantar las acciones que correspondan para el otorgamiento de garantías por parte del **Fideicomiso**, de conformidad con las necesidades de endeudamiento del **Proyecto**.*

*(vii) Dar instrucciones a Alianza con respecto al manejo de los recursos provenientes de la explotación económica del **Proyecto**, en los términos previstos, incluyendo, pero sin limitarse a aquellos descritos en el presente Contrato y en el Plan Anual de Negocios.*

*(viii) Aprobar y dar instrucciones a Alianza para la realización de cualquier inversión temporal u operación de tesorería que sea requerida para el manejo de los recursos del **Fideicomiso**, las cuales deberán siempre realizarse con el propósito exclusivo de administrar el exceso de liquidez del **Fideicomiso** y, bajo ninguna circunstancia, deberán tener naturaleza o propósito especulativo.*

*(ix) Analizar los informes presentados por los contratistas de **Fideicomiso**".*

Considera este Tribunal que dada la configuración de los roles y funciones previstos y asignados para el desarrollo del proyecto, incluidas las muy amplias facultades otorgadas al Gerente para que celebrara contratos, adquiriera créditos y en general para que obligara al fideicomiso, a la par que se instruyó a la Fiduciaria Alianza para que procediera al cumplimiento de las obligaciones que el Gerente contrajera, razonablemente se imponía la necesidad de adoptar las

medidas de seguimiento idóneas y suficientes en procura de la cabal protección de los recursos que llegaban al Patrimonio Autónomo Subyacente, entre los que estaban los aportes dinerarios de los inversionistas, responsabilidad que competía a distintos actores, cada uno según su rol y funciones específicas, incluida, en lo que es de competencia del Tribunal, la Fiduciaria BTG -y BTG Re Income como Administrador Designado-, vocera del Patrimonio Autónomo titular de los derechos fiduciarios adquiridos con las inversiones efectuadas por sus clientes<sup>98</sup>.

Llama además la atención que dichas facultades conferidas al Gerente, esto es OIU, recayeran en una entidad que tenía el 10% de los derechos sobre el Fideicomiso, de tal manera que terminaron confiriéndole al titular de unos derechos minoritarios, atribuciones de dirección y disposición de amplia autonomía, lo que, de nuevo, razonablemente exigía, desde la perspectiva de los titulares de los derechos fiduciarios mayoritarios, la adopción, implementación y ejecución de mecanismos idóneos y suficientes de control y seguimiento del real estado y desarrollo del proyecto.

Habiéndose conferido tanto margen de atribuciones al Gerente, y abstracción hecha de las funciones y responsabilidades que correspondieran a Alianza Fiduciaria, se observa la facultad-deber-obligación de hacer el seguimiento que recaía, según las funciones y atribuciones establecidas en los literales f), g) e i) del numeral 15.10 del Otrosí Integral al Contrato de Fiducia de Administración y Pagos, en cabeza de la Asamblea de Fideicomitentes, la cual, se recuerda, tenía un integrante titular del 80% de los derechos en el Fideicomiso Subyacente, titularidad que recaía, precisamente, en la Fiduciaria BTG como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión.

Además, ha de ponerse de presente que la Fiduciaria BTG se había reservado, desde la celebración del Otrosí Integral, la facultad de designar no solo una interventoría técnica, sino administrativa, y una auditoría contable, lo que, nuevamente, indica que para su papel de seguimiento y control contaba con mecanismos que permitieran conocer lo que acontecía no solo con el manejo y destino de los recursos económicos, sino con el desarrollo de la obra misma, en el marco de un nivel adecuado de proactividad, acompasado con el diseño general de la operación económica objeto de los negocios fiduciarios; considera este Tribunal que, con independencia de los roles y funciones asignados a otros intervinientes en el proyecto, cada uno según su esfera de responsabilidades, a la Fiduciaria BTG le correspondía jugar su propio papel, con adecuado nivel de iniciativa, a la hora de gestionar, vigilar, controlar y hacer seguimiento tanto a la inversión de los recursos, como a la obra misma.

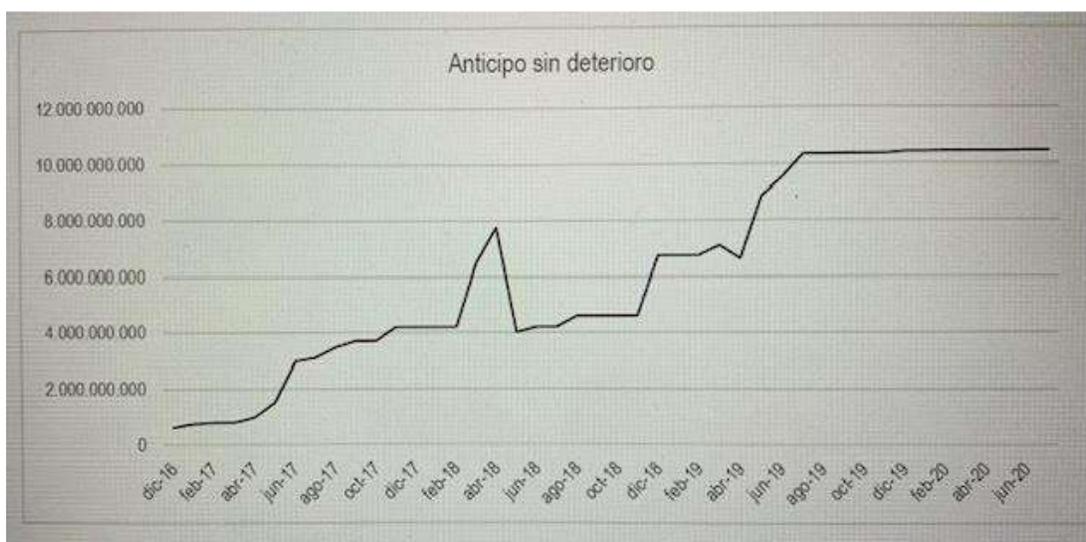
En este orden de ideas, procederá el Tribunal a analizar los aspectos que estima sobresalientes de lo que ocurrió en el devenir del proyecto, y si en efecto la

---

<sup>98</sup> Como ya se ha señalado, no le corresponde a este Tribunal la calificación de existencia o no de responsabilidades de actores diferentes a las compañías BTG aquí demandadas.

entidad demandada cumplió cabalmente -o no lo hizo- con sus obligaciones legales y contractuales.

Lo primero que llama la atención de este Tribunal es que de la información relevante a disposición de la Fiduciaria BTG, desde el mismo momento de la celebración del Otrosí Integral al Contrato de Fiducia de Administración y Pagos, y por supuesto antes de que se hicieran los primeros llamados de capital y los consecuentes aportes, se evidenciaba que había una serie no menor de anticipos sin legalizar, los cuales afectaban las cuentas contables del Patrimonio Autónomo Subyacente, a tal punto que lo ponían en estado de pérdida, modalidad esa de anticipos sin legalizar que, por lo demás, se mantuvo a lo largo de la ejecución de la obra siempre en estado ascendente, tal como puede verse del cuadro citado a continuación y el cual es extractado de la página 54 del dictamen pericial rendido por RMS a instancias de la parte convocada:



Conviene señalar que sin perjuicio de lo que a espacio dirá luego el Tribunal a este mismo respecto, cuando se ocupe de examinar uno de los incumplimientos que se imputan en la demanda a BTG Re Income como Administrador Designado<sup>99</sup>, lo que es cierto es que se estaba en presencia de un dato relevante, que debía ser en efecto detectado y evaluado -y originador de la conducta de indagación y/o solicitud de corrección que se estimara pertinente-, y que en todo caso representaba en sí mismo una señal de alerta respecto del seguimiento adecuado -de alguna manera cercano- que había que hacer durante la ejecución del proyecto, cada actor según sus funciones, en tratándose de una modalidad legítima de ejecución de procesos constructivos, pero de cuidado en términos de monitorear la adecuada destinación de los recursos.

<sup>99</sup> El relativo a la función de "Instruir a la Fiduciaria por escrito, sobre todas las cuestiones necesarias para realizar debidamente las actividades relacionadas con la inversión en el Patrimonio Autónomo".

Además de lo anterior, podía evidenciarse en los informes periódicos que presentaba Alianza Fiduciaria que la mayoría de los recursos que ingresaban al Fideicomiso y que eran girados a título de anticipo tenían como destinatario al Gerente mismo del proyecto<sup>100</sup> y a otras personas ajenas al devenir normal de la obra<sup>101</sup>, lo cual evidentemente debía tener una verificación y control especial, en la medida que se trataba de los recursos necesarios para el normal desarrollo del proyecto.

De la misma manera, observa el Tribunal que hubo sendas modificaciones, en tiempo y en costos, a los contratos de construcción y de interventoría, tal como fue evidenciado al interior del proceso, entre otras por los mismo documentos contractuales aportados por la parte demandada (BTG Fiduciaria Pruebas Documentales 1.26 y 1.27), en los cuales se alteraban significativamente las bases tenidas en cuenta para la evaluación inicial de la factibilidad del proyecto, sin que tales modificaciones hubieran significado una revisión o análisis especial por parte de la Fiduciaria BTG; recuérdese que el contrato de construcción y su correspondiente interventoría consumirían una porcentaje considerable de los recursos de esta etapa del proyecto, siendo los dos rubros más importantes, los cuales, ante cualquier desfase, tenían virtualidad para afectar las resultas de la inversión, y como tal requerían un seguimiento esmerado.

También llama la atención el hecho que, no obstante ser la Fiduciaria BTG quien se había reservado la facultad de designar la persona de la interventoría, se hubiera manifestado por los testigos que esta no le rendía informes periódicos a BTG<sup>102</sup> y que incluso al momento de la última parálisis, al ser requerida información, se presentó una resistencia de esta entidad para suministrarla, basada en una supuesta confidencialidad y en el hecho de que con quien habían celebrado el contrato era con la Gerencia. Este Tribunal no encuentra coherente, ni apropiado, que uno de los mecanismos de monitoreo de la inversión también fuera controlado por el Gerente y que el Fideicomitente titular de derechos del 80%, quien se había reservado la facultad de designarlo no tuviera o no pudiera acudir a mecanismos de información y/o de comunicación adecuados para

<sup>100</sup> Se llama la atención en relación con el informe del 01 al 31 de diciembre de 2018 donde los giros a Ópera Inversiones Urbanas S.A.S. son múltiples y millonarios, llegando a consumir un porcentaje bastante alto de los recursos disponibles en ese período, los cuales eran superiores a los \$2.188 millones de pesos. Lo mismo es predicable de lo ocurrido en los meses de junio y julio de 2019.

<sup>101</sup> Se puede constatar en los informes periódicos de Alianza el giro del 6 de junio de 2018, por valor de \$425.000.000 realizado al Fideicomiso Boho Markert Usaqué.

<sup>102</sup> Ver Testimonio de Maria Clara Ojalvo quien señaló: “PREGUNTADA: ¿BTG tenía algún contacto o reunión o informes durante el desarrollo de la obra con el interventor?, ¿o qué tipo de relación tenía con el interventor? CONTESTÓ: No, el interventor era contratado directamente por OIU, que era el gerente de la obra. BTG se reunía periódicamente con Dinpro, como interventor de otros proyectos, pero no directamente a hablar de CALLE 18. Sé que en algunas reuniones se tocaba el tema, pero a nivel informal como contrapartes en otros proyectos. Pero no teníamos reuniones periódicas con la interventoría.” En igual sentido el de Juan Francisco Marín, quien señaló: “PREGUNTADO: Dentro de la estructura del Proyecto que usted le explicó al Tribunal, BTG PACTUAL RE INCOME o BTG PACTUAL FIDUCIARIA, ¿tenían canal directo con ese interventor para pedirle información sobre el contrato el desarrollo del contrato de construcción, o sobre la obra, o sobre cualquier aspecto propio de la interventoría?, ¿sabe usted? CONTESTÓ: Sí lo sé, la respuesta es no; no hubo una interacción directa entre BTG y Dinpro en el marco de este Proyecto, toda vez que incluso en el contrato de interventoría existía una cláusula de confidencialidad, donde Dinpro debía reportarle única y exclusivamente a ÓPERA INVERSIONES URBANAS.”

conocer, oportunamente, en su dimensión real, el estado de ejecución de la etapa constructiva del proyecto. Sobre este particular, no pasa desapercibido que el Otrosí Integral No. 1 del Contrato de Administración y Pagos preveía, al aludir a las funciones del Gerente, que éste “será responsable ante el Fideicomiso y ante los Fideicomitentes por la ejecución o no de las mismas. Lo anterior, sin perjuicio de los deberes indelegables de la Fiduciaria establecidos en la ley colombiana” (cláusula décima primera; la negrilla es del texto).

Adicionalmente, es ilustrativo que la interventoría hubiera enviado el 30 de marzo de 2020 una comunicación de cobro de sus honorarios en el período comprendido entre agosto de 2018 y enero de 2020, ambos meses incluidos, y que tal circunstancia hubiera ocurrido sin que se hubieran percatado oportunamente de la misma, máxime teniendo en cuenta que sería un pago asociado a la relevante responsabilidad de vigilar la correcta inversión de los recursos del Fideicomiso (ver numeral 5 del Informe Extraordinario del 30 de abril de 2020, acompañado como anexo de la demanda).

Por otra parte, considera este Tribunal que un foro de fuente de información y toma de decisiones relevantes para la protección de los intereses de las Demandantes lo era la Asamblea de Fideicomitentes del Patrimonio Autónomo Subyacente, Boho Market Calle 18, en el cual jugaba papel importante la Fiduciaria BTG en su condición de vocera del Patrimonio Autónomo Derechos Boho Market, titular del 80% de los derechos fiduciarios; sin embargo, solo existe evidencia de la ocurrencia de tres reuniones de tal estamento en el año 2019, correspondientes a las actas 2, 3 y 4, para efectos de aprobar la operación de endeudamiento a través de Leasing Bancolombia, y por el contrario, en los informes que rendía Alianza Fiduciaria se da cuenta que la Asamblea no se reunió.

Así las cosas, desde la perspectiva del importante papel de la Asamblea de Fideicomitentes como órgano superior al interior del Fideicomiso Subyacente, se evidencia una falta de seguimiento y control, lo mismo que de observancia de roles y obligaciones por parte de quien, si bien es cierto no era la Asamblea misma, sí tenía una participación del 80% de los derechos en el Fideicomiso que le permitía no solo citarla, sino exigir que la misma se realizara y se le rindieran, adecuadamente, las cuentas correspondientes que le permitiera hacer el seguimiento y control al cumplimiento de las obligaciones, deberes y funciones de los demás actores, y a la marcha o ejecución de la etapa de construcción del edificio en el que habría de realizarse la actividad económica concebida como objeto final del proyecto.

Para concluir este aparte cabe afirmar que la Fiduciaria BTG, al momento de celebrar el Otrosí Integral al Contrato de Fiducia de Administración y Pagos, y/o durante su ejecución, disponía de opciones diferentes para efectos de implementar la administración, control y vigilancia de la inversión de sus clientes, por ejemplo mediante la designación de un comité fiduciario u otro órgano de seguimiento constante que le permitiera servir de canal de

comunicación y control del Gerente, o la de asumir tales actividades directamente, como en efecto lo hizo, lo cual no es en sí mismo reprochable; lo que ocurrió fue que en la práctica no ejerció sus funciones con la diligencia que se espera de un profesional como lo es dicha entidad, y en tal sentido se considera que la obligación a que se ha venido haciendo referencia en este aparte del fallo fue incumplida por la Fiduciaria BTG.

En este último frente conviene señalar que si bien es cierto que en el Contrato de Fiducia de Administración y Pagos no estaba contemplada expresamente la figura del comité fiduciario, también lo es que no estaba necesariamente descartada, puesto que entre las funciones de la Asamblea de Fideicomitentes estaba la de *“Crear los órganos de administración (...) que considere necesarios...”*, escenario que también se acompañaba con la atribución que tenía el Administrador Designado según lo previsto en el Contrato de Fiducia de Inversión, de *“...tomar decisiones que incluyen, pero sin limitarse a, la designación y/o remoción de los miembros del comité fiduciario del Patrimonio Autónomo Subyacente”*.

Por supuesto, el Tribunal entiende que las obligaciones de la Fiduciaria BTG en materia de gestión, control y vigilancia no son iguales, en su contenido, a las que, en el mismo sentido -gestionar, controlar y vigilar- podían corresponder a otros actores del proyecto -vr. gr. BTG Re Income y Fiduciaria Alianza-, de modo que para su condición jurídica particular, es claro que sus funciones no tenían que ver propiamente con el “día a día” de la ejecución del negocio fiduciario, sin que ello quisiera significar que estaba exenta de hacer un seguimiento adecuado del estado y desarrollo del proyecto, máxime cuando ciertamente había llamados de atención que venían de tiempo atrás, como el relativo a la existencia de anticipos al Gerente sin legalizar en cuantías significativas desde la época de formalización del Otrosí Integral No. 1, y otros sobrevinientes como las demoras y consecuente prórroga en el plazo para la construcción del edificio, con ampliaciones considerables respecto del tiempo de duración inicialmente previsto -9.5 meses, ampliado en 16 meses adicionales-, que necesariamente aconsejaban tener suficiente claridad sobre los motivos que las originaban y hacer, en algún nivel adecuado para efectos de confiabilidad del resultado, una revisión integral del estado del proyecto, incluido el relativo al avance de la construcción.

Aún desde el menor nivel de cercanía propio del “día a día”, el Tribunal pone de presente que es un hecho indiscutido que el Contrato de Gerencia y Operación, que debía suscribirse según lo indicado, con tono imperativo, en diferentes disposiciones del Contrato de Fiducia de Administración (cláusula primera, numeral 1.18; cláusula quinta, numeral 5.3; cláusula séptima, numeral 7.4), no se suscribió, sin que se advierta que la Fiduciaria BTG, controlante de la Asamblea de Fideicomitentes, hubiera asumido una conducta activa de verificación, indagación y adopción de correctivos ante tal omisión, sin duda relevante por el protagónico rol que tenía el Gerente del Proyecto en el manejo de los recursos del mismo, como ya se señaló. Desde luego, el Otrosí No. 1 del Contrato contempla la figura del Gerente, e incorpora una referencia a sus “DERECHOS

Y OBLIGACIONES”, pero ello no suple de manera suficiente, ni idónea, la ausencia del contrato escrito que el mismo Otrosí preveía, instrumento llamado a regular en forma adecuada y completa tan importante relación jurídica.<sup>103</sup>

En la misma línea argumentativa, estima el Tribunal que necesariamente hay que referenciar la comunicación de fecha 5 de agosto de 2020, dirigida conjuntamente por BTG Fiduciaria y BTG Re Income a Alianza Fiduciaria<sup>104</sup>, en la cual, después de afirmar que *“una vez evaluada la limitada información proporcionada”* por dicha entidad, y que *“resulta evidente que esta última incumplió sus deberes fiduciarios como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado ‘FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18’”*, relaciona un amplio catálogo -ocho señalamientos- de hechos y circunstancias que al decir de BTG configuran incumplimientos contractuales de la mencionada Fiduciaria.

Por supuesto, por elementales razones de competencia -que deriva en cuestiones tal importantes como el debido proceso y el derecho de defensa-, ninguna evaluación ni calificación corresponde hacer a este Tribunal Arbitral sobre la gestión de Alianza Fiduciaria y las apreciaciones que al respecto hacen las compañías BTG en la comunicación recién reseñada; pero ello no obsta para, eso sí dentro de los límites del litigio de que conoce el Tribunal, destacar que las manifestaciones vertidas por BTG Fiduciaria y BTG Re Income en el escrito en cuestión muestra, como resultado de su propia valoración, un panorama de deficiencias e irregularidades de tal perfil y magnitud, que indirectamente confirman la conducencia de las glosas y reparos establecidos respecto de la conducta no diligente de las aquí Convocadas, cada una en función de sus roles y obligaciones, que condujo a no advertir oportunamente la realidad de la ejecución y estado del proyecto, y por esa vía, proteger las inversiones canalizadas a través del modelo fiduciario por las Convocantes de este proceso.

Consecuente con lo anterior, considera este Tribunal que, en efecto, la Fiduciaria BTG incumplió la obligación de gestión, control y vigilancia analizada en este aparte de la providencia.

### **Análisis en relación con BTG Re Income.**

#### **a. Posición de las Convocantes.**

Las Convocantes, en el hecho 16 de la demanda, afirman que *“la pérdida absoluta de la inversión ... solo se explica por la absoluta negligencia de las Convocadas, que dejaron de advertir y tomar acciones oportunas para subsanar las irregularidades...”*. En el hecho siguiente, el 17, indican que *“Ni la Fiduciaria ni el Administrador designado cumplieron sus obligaciones*

<sup>103</sup> Muy posiblemente se hubieran incluido estipulaciones usuales en ese tipo de contratos, en aspectos como la forma de cumplimiento de las obligaciones, detalle de las reglas para el manejo de los recursos, alcance y límites de sus atribuciones, otorgamiento de garantías de acostumbrada utilización en este tipo de actos jurídicos (vr, gr. pólizas con amparos de cumplimiento y buen manejo de anticipos, cumplimiento), etc.

<sup>104</sup> Aportada al proceso con la contestación de la demanda presentada por BTG Fiduciaria (prueba documental 1.19).

*contractuales” y, con relación a este último, afirman que tenía “la obligación de representar los intereses del Patrimonio Autónomo (y por ende de las Convocantes) en el Patrimonio autónomo subyacente...”.*

En el hecho 19, las Convocantes sugieren que tanto la Fiduciaria BTG como BTG Pactual Re Income no hicieron el debido control, ni vigilaron las inversiones, ni tampoco gestionaron los riesgos o pidieron cuentas, afirmando que, en general, no se apersonaron de los derechos de las Convocantes.

En el hecho 22 de la demanda se afirma que *“el Administrador Designado inobservó de manera grave sus obligaciones contractuales, en el entendido de que no realizó ninguna gestión, vigilancia, inspección o cualquier tipo de diligencia oportuna para defender los derechos de los Fideicomitentes ... ni se preocupó por representar de forma diligente y oportuna, como se lo exigía el Contrato, los derechos del Patrimonio Autónomo en el Patrimonio Autónomo Subyacente y ejercer allí los derechos políticos y económicos, lo que lo obligaba a estar atento, día a día, al desarrollo del Proyecto (como lo haría cualquier mandatario remunerado, con mínima diligencia), advirtiéndolo y supervisando los riesgos, vigilando la inversión de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente, pidiendo que se rindieran cuentas y objetándolas si era del caso, y representando a los Fideicomitentes en los mecanismos de participación de dicho Patrimonio Autónomo, funciones que omitió por completo, a pesar de tener la personería del 80% de los derechos fiduciarios en el fideicomiso administrado por Alianza Fiduciaria”.*

A su vez, el hecho 23 transcribe las funciones asignadas a BTG Re Income, como Administrador Designado para, en una columna a su derecha, indicar los presuntos incumplimientos de esta compañía.

b. Posición de BTG Re Income.

En su contestación a la demanda, BTG Re Income acepta que el Contrato de Fiducia de Inversión fue celebrado por dicha sociedad como Fideicomitente y, además, le fue atribuida con la calidad de Administrador Designado.

BTG Re Income también afirma, en la contestación al hecho 7, numeral f), que según la sección 7.1 del Contrato de Fiducia de Inversión los Fideicomitentes declararon conocer y aceptar que *“debido a la naturaleza de los activos en que 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: (...)”*, para luego indicar que en tal sección se listaron y definieron, entre otros, el riesgo de mercado, riesgo de vacancia, riesgo de crédito, riesgo de concentración, riesgo de contraparte, riesgo de incumplimiento de aportes de capital, riesgos asegurable, riesgo de construcción, riesgo de desarrollo y riesgo de calidad del activo, y concluir que, según tal sección del Contrato de Fiducia de Inversión, BTG Re Income no estaba

asumiendo la obligación de terminación del proyecto, compromisos de cumplimiento de los contratos por parte de terceros, obligaciones de rentabilidad y, en general, no estaba obligándose a que el proyecto pudiera generar la rentabilidad estimada según las proyecciones de la estructuración.

Algo similar afirma BTG Re Income en el siguiente numeral, el (g), con relación al mismo hecho 7, donde citan el Contrato de Fiducia de Inversión en el siguiente apartado:

*“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) Riesgos de contraparte: Riesgo de incumplimiento de los términos contractuales acordados con las contrapartes (incluyendo desarrolladores) de los Proyectos...*

*(...)*

*(j) Riesgos asegurable: Efecto adverso que podría causar sobre los activos de los Proyectos la ocurrencia de eventos extraordinarios no anticipados tales como incendios, terremotos, inundaciones, desastres naturales y similares, o la ocurrencia de actos malintencionados o actos asociados al terrorismo.*

*(...)*

*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...”*

En la respuesta al hecho 16, las Convocadas niegan que la parálisis del proyecto se deba a una negligencia del Administrador Designado y afirman que esta tiene como causa única y exclusiva las actuaciones dolosas y negligentes del representante legal de OIU, que era desarrollador y Gerente del proyecto, así como de Alianza Fiduciaria, en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Subyacente.

También niegan las Convocadas que el Administrador Designado haya dejado de advertir o de tomar acciones oportunas para subsanar las irregularidades del proyecto, afirmando que se han ejercido labores de supervisión sobre los bienes invertidos (lo cual se reitera al contestar el hecho 30), de conformidad con el Contrato de Fiducia de Inversión, además de haber indagado y evaluado las causas de la crisis del proyecto, una vez se conoció la parálisis de las obras, y haber también iniciado acciones contra quienes las Convocadas consideran como responsables de lo sucedido.

Igualmente dan a entender las Convocadas, al contestar el hecho 17, en el literal a), y al afirmar que el Administrador Designado ha cumplido sus funciones bajo el Contrato de Fiducia de Inversión, que sus obligaciones son de medio y que no ha habido omisiones negligentes.

Por su parte, en respuesta al hecho 23 las Convocadas niegan que sea cierto que BTG Re Income, como Administrador Designado, no hubiese realizado ninguna labor de vigilancia sobre el Patrimonio Autónomo Subyacente, además de recordar que la función de supervisión a su cargo, prevista en el Contrato de Fiducia de Inversión, no implicaba que esta compañía fuese auditora, interventora de la construcción o reemplazante de Alianza Fiduciaria como administradora y vocera del Patrimonio Autónomo Subyacente. Se indica también que BTG Re Income veló porque el proyecto tuviera mecanismos de supervisión adecuados, que se monitorearon, además de diligentemente indagar y verificar las causas de las señales de alerta, informar a los fideicomitentes y proponer medidas correctivas. Esto se reitera en la respuesta al hecho 23, al insistir las Convocadas en que no ha sido función del Administrador Designado administrar el Patrimonio Autónomo Subyacente, ni construir, desarrollar o gerenciar la obra, ni tampoco ser su interventor o auditor.

Varios de los argumentos formulados a lo largo de la oposición igualmente se plasman en las excepciones de mérito, en la que se aduce que BTG Re Income cumplió oportunamente sus obligaciones, funciones y deberes como Administrador Designado en el Contrato de Fiducia de Inversión y que se configura el Hecho Exclusivo de Terceros y la Materialización de Riesgos como motivos de exoneración de responsabilidad.

Al contestar la demanda, BTG Re Income niega las imputaciones de negligencia al considerar que la parálisis del proyecto se debió a la desviación indebida de recursos en una suma cercana a \$4.470.000.000, equivalentes al 38% de las fuentes netas del proyecto, todo ello a título de anticipos que nunca se legalizaron o soportaron, girados según instrucciones del Gerente del proyecto; se niega también que cualquiera de las Convocadas haya dejado de advertir y tomar acciones oportunas para subsanar irregularidades.

### c. Consideraciones del Tribunal.

Como punto de partida debe señalar el Tribunal que en el catálogo de funciones asignadas al Administrador Delegado en la Sección 5.2 del Contrato de Fiducia de Inversión se encuentran las de *“(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 2”* y *“(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”.*

El Tribunal considera que hubo fallas en la gestión, control y vigilancia que tenía BTG Re Income como Administrador Designado, sin perjuicio de las referencias que quepan en relación con la valoración de conductas de otros intervinientes en el desarrollo de proyecto, cuestión que, como se ha dicho, debe considerar el Tribunal dentro de los límites de su competencia.

Conforme se advirtió en la reseña efectuada en relación con el denominado Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, ha de decirse que realmente se está ante un negocio jurídico híbrido, en el cual se estipulan las cláusulas correspondientes a un contrato de fiducia de inversión propiamente tal, que atañen a BTG Fiduciaria, pero también otras disposiciones convencionales del perfil de un mandato mercantil, que son las que vinculan a BTG Re Income. Es decir, y como es natural al no ser ni una entidad financiera ni tampoco vigilada por la Superintendencia Financiera, BTG Re Income actuó en una doble calidad, tanto de fideicomitente, con un 10% de los derechos fiduciarios sobre el patrimonio autónomo de primer piso o nivel, como de gestor de intereses de terceros con obligaciones del tipo de las adquiridas por un mandatario remunerado de los demás fideicomitentes en la relación no solo con ese primer fideicomiso, sino también con el de segundo piso o nivel, cuyo fiduciante es el Patrimonio Autónomo de Inversión y cuyo fiduciario es todavía Alianza Fiduciaria<sup>105</sup>.

Este Tribunal considera que el nombramiento de BTG Re Income como Administrador Designado, así las cosas hayan salido mal, fue acorde con las normas jurídicas y, como se indicará más adelante, no implicó violación de normas financieras, ni delegación de funciones indelegables de BTG Fiduciaria. Además, el nombramiento de BTG Re Income tenía justificación lógica, pues resulta razonable que se designe a un solo sujeto, en este caso además fideicomitente, para que represente a los demás ante la propia BTG Pactual como fiduciaria, ante Alianza como vocera del Patrimonio Autónomo Subyacente y ante otros actores del proyecto como OIU, previniendo, al menos a priori o en teoría, eventuales problemas de acción colectiva y dificultades de coordinación entre muchos fideicomitentes<sup>106</sup>, abstracción hecha, adicionalmente, del perfil profesional del receptor del encargo, con virtualidad para fungir como motivo de confianza para los inversionistas del proyecto,

<sup>105</sup> En tal sentido, se comparte lo afirmado por el testigo Germán Darío Abella Abondano, quien sostuvo “[e]n términos generales, el administrador designado es un mandatario de los fideicomitentes, un mandatario que se constituye como una especie de confluencia de la vocería de los fideicomitentes. Es decir, es más fácil tener uno solo, que tener a varios en el momento de interactuar. Entonces cumple las veces de un mandatario ante la estructura.”

<sup>106</sup> Así también lo indicó el testigo Germán Darío Abella Abondano (“Es decir, es más fácil tener uno solo, que tener a varios en el momento de interactuar. Entonces cumple las veces de un mandatario ante la estructura.”).

Que el nombramiento del Administrador Designado haya sido conforme a derecho, y que ello haya tenido una justificada función económica y de negocio, no significa *per se* que BTG Re Income haya cumplido sus obligaciones, lo que no hizo a cabalidad.

BTG Re Income se presentó antes los inversionistas -aquí Convocantes- como un profesional del mercado inmobiliario, además de pertenecer a un grupo de compañías con experiencia en temas fiduciarios. Así lo indica en los servicios que ofrece, según la evidencia del expediente, lo que también se confirma con la declaración de su representante legal, al absolver el interrogatorio de parte practicado dentro del trámite. Así las cosas, la valoración jurídica de su comportamiento durante la ejecución negocial debe hacerse bajo los parámetros de la responsabilidad profesional que se dejaron expuestos en acápite precedente de esta providencia, en el contexto propio de los antecedentes de la relación a la postre formalizada en el Contrato de Fiducia de Inversión y del contenido material del encargo efectuado, que lejos estaba de constituir una labor meramente operativa, o de mera recepción y retransmisión de unos informes de poco valor agregado, sin desplegar una verdadera actividad de monitoreo y vigilancia del cabal destino de las inversiones recabadas y del desarrollo del proyecto en general.

En particular, el literal (e) de la cláusula 5.2 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión es claro al estipular que BTG Re Income era el representante del Patrimonio Autónomo de Inversión en la Asamblea de Fideicomitentes y en los demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente, con relación al cual podía y debía ejercer el derecho de inspección y analizar en toda su materialidad los informes y rendiciones de cuentas, además de poder designar o remover a los miembros del comité fiduciario de dicho Patrimonio Autónomo Subyacente. Nótese que se le dio esta facultad en relación con un comité fiduciario que finalmente no fue constituido, conforme se reseñó en renglones precedentes.

En cuanto a este tópico relativo al comité fiduciario del Patrimonio Autónomo Subyacente, conservan vigencia las reflexiones ya expuestas por el Tribunal en aparte anterior, que aplican, como allá se dijo, a BTG Fiduciaria y, también a BTG Re Income, desde la perspectiva de su rol y sus funciones.

Nada de esto ocurrió, apreciado el contenido material que razonablemente era de esperarse. El derecho de inspección no se ejerció cabalmente durante mucho tiempo. Sólo cuando ya se había presentado la parálisis de la obra -a principios de agosto de 2019-, BTG Re Income decidió hacer, tardíamente, en los últimos meses de ese año y los primeros del 2020, en asocio con BTG Fiduciaria, una revisión de toda la documentación necesaria para conocer la realidad del estado del proyecto, que en buena medida tuvo que solicitar porque no estaba en su poder no obstante el acceso que tenía en ejercicio del derecho de inspección radicado, como atribución permanente, en su cabeza, máxime cuando había razones que de alguna manera representaban alerta, como lo ya mencionado en

cuanto a la inexistencia del Contrato de Gerencia y Operación que debía suscribirse, las significativas ampliaciones del plazo inicialmente previsto para la construcción del edificio sin explicación suficiente y, menos, cabalmente verificada, y el antecedente de anticipos sin legalizar que en épocas anteriores había generado pérdidas en el Fideicomiso. En cuanto a los informes, queda claro, según toda la evidencia testimonial y documental, que sí se remitieron, pero sin satisfacer, en su sustancia, el estándar propio de un profesional, que tenía entre sus funciones la 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 de Inversión fuera parte, como el Contrato de Fiducia de Administración y Pagos, en el cual era el principal Fideicomitente.

En la misma línea de lo que ya se ha señalado sobre la situación de anticipos sin legalización incluso para la época de vinculación de las sociedades BTG al proyecto, una como Fiduciaria y otra como Administrador Designado, se advierte que el dictamen pericial rendido por RSM indica que entre diciembre de 2016 y julio de 2018, mucho antes de la parálisis del proyecto, ya se habían entregado anticipos a OIU por \$9.113.337.676, de los cuales se habían hecho reducciones (legalizaciones) por \$6.393.103.530, con lo cual quedaba pendiente un saldo de \$2.720.234.146, una cifra bastante alta que respecto de la cual no hay evidencia objetiva de que hubiere sido advertida por Re Income<sup>107</sup>. En sentido similar, el dictamen pericial de Crearcimientos menciona que la mayoría de los anticipos realizados a la Gerencia fueron “*realizados mucho antes del inicio de la construcción*” y que al momento de la vinculación del Fideicomiso BTG Derechos al patrimonio autónomo de segundo nivel, este último ya estaba ilíquido, con pérdidas considerables y con anticipos de recursos no legalizados a favor de OIU y de Camilo Ayerbe Posada. Ello permite afirmar que la situación calamitosa del fideicomiso cuyo vocero es Alianza no debía haber sido una sorpresa a finales de 2019 o principios de 2020, ya que la situación financiera mostraba antecedentes negativos desde tiempo atrás, que sugería inequívocamente la conveniencia -o hasta necesidad, si así quisiera verse- de seguimiento cercano y permanente -más allá de momentos coyunturales en el comportamiento de las cifras-, concurriendo otras circunstancias que ya han sido mencionadas. La representante legal de BTG Fiduciaria, Diana Sánchez, al contestar el interrogatorio de parte manifestó que “[l]os anticipos son una cosa súper normal en este tipo de proyectos”; el Tribunal no cuestiona su existencia como tal, sino su monto, su manejo, su duración, la falta de control y seguimiento y falta de soportes, con una obra cuyo nivel de desarrollo no se correspondía con los recursos allegados al Patrimonio Autónomo Subyacente vía aportes de inversionistas y vía financiación, sin que BTG Re Income o la propia Fiduciaria BTG hubieran detectado oportunamente lo que acontecía, disponiendo de las herramientas contractuales para hacerlo, si la proactividad razonable hubiera prevalecido sobre la conducta en exceso pasiva que desplegaron, proactividad

---

<sup>107</sup> Dice el dictamen de contradicción emitido por Deloitte que tales reducciones fueron “*realizadas expresamente por petición de BTG Re Income.*” Si así fue, ello significa que el Administrador Designado sí estaba informado de la situación de los anticipos no legalizados y que no reportó debidamente tal situación a sus mandantes.

que razonablemente incluía, aún estando claro que no era una actividad permanente a su cargo, pero sí en consonancia con su perfil de profesional en temas inmobiliarios, la verificación del avance de la obra destinataria de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente, cuyo plazo de duración era objeto de prórrogas que justificaban adecuada supervisión.

También en el caso de BTG Re Income, y en coherencia con lo que se dejó dicho en tratándose de BTG Fiduciaria, el Tribunal entiende que las obligaciones del Administrador Designado en punto a gestionar, controlar y vigilar no comportaban una actividad ni monitoreo del “día a día” del desarrollo del proyecto, pero, de nuevo, sin que ello pudiera significar que no le correspondía hacer un seguimiento adecuado del real estado del mismo, en un nivel de cercanía que permitiera conocer confiablemente su situación, y mucho más cuando mediaban hechos y circunstancias con virtualidad para fungir como alertas -ya mencionadas- que sugerían una conducta ciertamente más proactiva que la que desplegó BTG Re Income.

Conviene señalar que en relación con BTG Re Income conserva vigencia lo expresado por el Tribunal en el apartado anterior acerca de la comunicación de fecha 5 de agosto de 2020, dirigida conjuntamente por esta Convocada con BTG Fiduciaria a la Fiduciaria Alianza; a ello se remite.

Para el Tribunal se impone concluir, como consecuencia de lo dicho, que se configura el incumplimiento pregonado en cabeza de BTG Re Income, teniendo en cuenta para el efecto que el contenido prestacional radicado en su cabeza comprendía -tal como en su momento se puntualizó-, de manera principal, las funciones asignadas en el Contrato de Fiducia de Inversión (Sección 5.1), e incorporando el marco legal de referencia propio del mandato comercial remunerado, del cual forman parte, para citar un par disposiciones relevantes, el artículo 1263 del Código de Comercio, a cuyo tenor, *“El mandato comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento”*, y el artículo 2155 del Código Civil, aplicable en materia mercantil en virtud de la expresa y conocida remisión del artículo 822 del Código de Comercio, cuyo segundo inciso indica que la responsabilidad del mandatario es más estricta cuando hay remuneración, norma que hay que entender con la modulación que deriva de la consideración según la cual el mandato mercantil es naturalmente remunerado, pero que ilustra sobre el acento del pensamiento legislativo en la materia, y todo con el alto nivel de exigencia propio de la responsabilidad profesional, connotación predicable de BTG Re Income, como se ha también señalado anteriormente.

Para finalizar, igualmente imperativo resulta señalar que no es de recibo la aspiración de BTG Re Income -ni de BTG Fiduciaria- de exonerarse de responsabilidad invocando el “hecho del tercero” como especie de la llamada causa extraña, pues, tal como se puntualizó al reseñar el marco legal aplicable en materia de responsabilidad contractual, la virtualidad exonerativa está asociada a sucesos imprevisibles e irresistibles, por completo ajenos a la órbita de control

del deudor que lo alega, lo que excluye los eventos en los que, como ocurre en este caso, se acredita la culpa de dicho deudor.

Tampoco puede BTG Re Income –ni la Fiduciaria BTG- evitar su responsabilidad afirmando que se materializó uno de los riesgos estipulados en el contrato, que fueron aceptados expresamente por todas las partes firmantes. En tal sentido, el Tribunal difiere de lo afirmado por la Convocada en su alegato de conclusión, cuando considera que se materializaron los riesgos de contraparte, construcción y desarrollo<sup>108</sup>. El de contraparte no ocurrió porque no se está en este caso ni ante incumplimiento de operadores de locales del proyecto (no se llegó a esa etapa) ni ante un simple incumplimiento contractual de las partes de los contratos asociados al mismo, pues se está es ante una situación y una conducta de naturaleza diferente, que va más allá, y que, según el propio dicho de las compañías BTG, fue fraudulenta por parte de OIU. El de construcción habría existido si el edificio no hubiera podido avanzar por problemas imprevistos de ingeniería, como suelos inestables, material rocoso que hiciera demasiado costosa la obra o alguna otra dificultad técnica relevante; pero como lo dijo Gonzalo Restrepo -representante legal de Coucelles S.A.S.-, en su declaración de parte, el edificio a construir era relativamente pequeño o, en otras palabras, una construcción fácil (un edificiecito)<sup>109</sup>. El riesgo de desarrollo tampoco se hizo presente porque la parálisis no se debió a problemas técnicos de construcción ni problemas con permisos o licencias; es decir, los problemas no fueron de arquitectura o urbanismo, sino de la órbita del derecho penal<sup>110</sup>, que, por lo demás, fueron antecedidos por las amplias facultades conferidas al Gerente y la falta de control sobre él. Vistas así las cosas, el riesgo que se hizo realidad, el de malversación de fondos por parte de OIU según lo establecieron las compañías BTG, no corresponde a ninguna de las contingencias expresamente estipuladas en el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, y en ningún caso sería ajeno a la falta de diligencia y cuidado advertida respecto de las responsabilidades de las Convocadas, quienes tenían a su cargo la adecuada gestión y mitigación de los riesgos; tampoco tiene vocación de prosperidad la

---

<sup>108</sup> También difiere el Tribunal de lo afirmado por la testigo María Clara Ojalvo quien considera, erróneamente, que en este caso se materializó el riesgo de contraparte. En cambio, concuerda con lo dicho por el fideicomitente Mauricio Molina, representante legal de Inlam S.A.S.: “**PREGUNTA # 9:** ¿La doctora Ángela le contó a usted, como fruto de esa asesoría, que en ese contrato había una descripción de los riesgos a los que estaba sujeto el proyecto? **CONTESTÓ:** Los riesgos normales, a los que siempre estamos sujetos cuando participamos en una inversión, y es riesgos de rentabilidad, riesgos de que el proyecto no funcione en su parte operativa, de que no sea del agrado de la gente que nosotros queríamos impactar, y que por ahí se vea afectado cualquier tipo de rentabilidad. Pero nunca un riesgo como el que estamos teniendo en este momento, que fue que no se entregó nunca el proyecto. Yo creo que si yo hubiera conocido ese riesgo, o ustedes, la gente que estaba involucrada en BTG me hubiera dicho que había riesgo de que se desviarán los dineros y no se entregara la construcción del inmueble; pues simplemente no le hubiera invertido, eso está supremamente claro.” Más adelante el señor Molina dice, correctamente: “La pregunta 10, señor Molina, es: usted, con su asesora legal, ¿revisó ese aparte del contrato de fiducia? **CONTESTÓ:** Es que para mí es claro, todos esos riesgos ninguno dice que el desvío de capitales. Puede haber demoras como en todos los negocios inmobiliarios, por licencias, qué sé yo, porque por las excavaciones en las fundaciones se encontraron algún otro tipo de cosas que atrasó el proyecto. Pero en ninguno de esos riesgos dice que el capital fue defraudado, que se lo llevaron para otra parte, y que el proyecto no se terminó.”

<sup>109</sup> Dijo el señor Gonzalo Restrepo, representante legal de Courcelles S.A.S.: “pero es que yo estaba con BTG, es que es un edificiecito chiquitico”

<sup>110</sup> En el proceso declaró el doctor Misael Eduardo Garzón, quien formuló la denuncia penal correspondiente, previa rendición de concepto escrito que se allegó al expediente con la contestación de la demanda de BTG Re Income.

causal de exoneración por la vía del “hecho del tercero”, tal como en renglones recientes se indicó.

#### **2.5.2.1.2. Incumplimiento del deber de información.**

##### **Análisis en relación con BTG Fiduciaria.**

###### **a. Posición de las Convocantes.**

La primera imputación sobre falta de información a cargo de las Demandadas se efectúa a propósito del hecho 13 de la demanda, en el cual, habiéndose rememorado en el hecho anterior un informe de seguimiento de enero de 2019, en el cual se daba cuenta del aplazamiento de la fecha proyectada de entrega, indican que: “...Ni el Administrador Designado ni la Fiduciaria informaron a las Convocantes de manera oportuna sobre alguna situación que pudiera comprometer el éxito de la inversión”.

Por su parte, en el hecho 14 narran que “Luego de varios meses de incertidumbre y de falta de información, las Convocantes empezaron a requerir a la Fiduciaria y al Administrador Designado para que cada uno rindiera cuentas de su gestión y explicara detalladamente el estado del Proyecto. Así, sólo en marzo de 2020, luego de varias reuniones, requerimientos y respuestas a derechos de petición, las Convocantes vinieron a advertir que el Proyecto es un completo fracaso y que la cuantiosa inversión que hicieron en el mismo se perdió”.

Nuevamente se evoca el incumplimiento de la obligación de información cuando en el hecho 18 se indica que “las Convocadas incumplieron, de manera flagrante, su deber de información frente a las Convocantes. Los escasos informes rendidos nunca dieron cuenta de la situación real del Proyecto, que las Convocantes tenían derecho a conocer oportunamente. De haber ocurrido así, habría sido posible tomar acciones a tiempo (incluyendo la remoción de la Fiduciaria y/o del Administrador Designado) para evitar el fracaso de la inversión”.

De manera posterior, en el hecho 31 de la demanda se indicó que “La Fiduciaria ha faltado a sus deberes de lealtad contractual, buena fe y de equivalencia de la información y ha inobservado sus obligaciones contractuales de identificar, prevenir, mitigar riesgos, gestionarlos en caso de ocurrencia, y especialmente ha faltado a su deber de rendir cuentas, dado que sus informes han sido incompletos, erróneos, disuasorios y parcializados”.

A propósito del alegato de conclusión, no hicieron las Convocantes una especial mención a este tema en cabeza de la Fiduciaria BTG.

###### **b. Posición de BTG Fiduciaria.**

La Fiduciaria BTG, al momento de dar respuesta a la demanda, hizo las afirmaciones que se citarán a continuación, negando que hubiera incumplido su deber de información frente a las Convocantes, de la siguiente manera:

- En relación con el hecho 13 de la demanda, la Fiduciaria convocada se pronunció afirmando: *“BTG PACTUAL FIDUCIARIA y el Administrador Designado, informaron a los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, la parálisis del Proyecto y las circunstancias que la rodearon, una vez revisaron y evaluaron la información obtenida del Gerente del Proyecto y de ALIANZA FIDUCIARIA, la cual requería de revisión y evaluación antes de ser comunicada. Antes de ello, no se contaba con información sobre irregularidades en el ámbito del Patrimonio Autónomo Subyacente y del desarrollo del Proyecto.*

*En tal sentido, el Administrador Designado y BTG PACTUAL FIDUCIARIA entre los meses de septiembre y diciembre de 2019 solicitaron al Gerente del Proyecto y a ALIANZA FIDUCIARIA la información y documentación acerca de la situación del Proyecto, la cual fue entregada gradualmente, y una vez recibida procedieron a realizar la revisión y evaluación correspondientes.*

*Así mismo, el Administrador Designado, por intermedio del señor EDUARDO ROMERO JARAMILLO, citó y sostuvo reuniones, entre otros, con los señores JUAN PABLO ÁNGEL (PANERAI), GONZALO RESTREPO (COURCELLES), CAROLINA JARAMILLO y LUCAS JARAMILLO (JARAMILLO BUSTAMANTE), en los meses de enero y febrero de 2020, en las cuales se les brindó información sobre la situación y perspectivas del Proyecto y del Patrimonio Autónomo Subyacente, y se les propusieron posibles fórmulas de liquidez y reestructuración del Proyecto, y adicionalmente, mi representada le envió a los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, cinco (5) informes extraordinarios, con fechas 30 de abril de 2020, 15 de mayo de 2020, 30 de junio de 2020, 20 de agosto de 2020 y 30 de noviembre de 2020.*

*Los informes antes mencionados fueron enviados por mi representada a las convocantes, mediante mensajes de datos remitidos a los correos electrónicos que fueron suministrado por los voceros de ellas, y se adjuntan como pruebas documentales, junto con los soportes de envío al convocante (numerales 1.13 al 1.17 de las pruebas documentales).*

- A propósito del hecho 14 de la demanda indicaron en la respuesta: *“...No es cierto que hubiera varios meses de falta de información, pues a las convocantes se les enviaron los informes de seguimiento del Administrador Designado, y los informes de BTG PACTUAL FIDUCIARIA (numerales 1.9 al 1.17 y 1.21 de las pruebas documentales), y mi representada ha atendido todas las solicitudes de información que le han sido presentadas por las convocantes, documentos que se adjuntan como pruebas documentales*

*(numeral 1.18 de las pruebas documentales).... No es cierta la manifestación según la cual: ‘sólo en marzo de 2020, luego de varias reuniones, requerimientos y respuestas a derechos de petición, las Convocantes vinieron a advertir que el Proyecto es un completo fracaso y que la cuantiosa inversión que hicieron en el mismo se perdió’, pues con anterioridad al mes de marzo de 2020 el Administrador Designado y BTG PACTUAL FIDUCIARIA habían dado información sobre la situación del Proyecto, sin que mediaran requerimientos o derechos de petición”.*

- Al dar respuesta al hecho 18 señaló: “No es cierto que BTG PACTUAL FIDUCIARIA haya incumplido su deber de información frente a las convocantes, ni que los informes presentados hayan sido ‘escasos’.

*BTG PACTUAL FIDUCIARIA ha enviado a los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia cinco (5) informes semestrales de rendición de cuentas, correspondientes a los cortes de: (i) 30 de junio de 2018, (ii) 31 de diciembre de 2018, (iii) 30 de junio de 2019, (iv) 31 de diciembre de 2019, y (v) 30 de junio de 2020. En cuanto a la rendición de cuentas con corte al 31 de diciembre de 2019, se precisa que fue enviada el 30 de marzo de 2020 junto con una adenda, toda vez que, desde el mes de septiembre de 2019, BTG PACTUAL FIDUCIARIA y el Administrador Designado habían venido revisando las cuentas del Patrimonio Autónomo Subyacente, revisión que al 31 de diciembre del 2019 no había finalizado. Es por esto y con el fin de dar un informe actualizado, que la Fiduciaria elaboró la mencionada adenda a la rendición de cuentas del 31 de diciembre de 2019, para incluir los hechos más relevantes que se habían identificado para el período comprendido entre el 31 de diciembre de 2019 al 30 de marzo de 2020.*

*Adicionalmente, mi representada le envió a los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, cinco (5) informes extraordinarios, con fechas 30 de abril de 2020, 15 de mayo de 2020, 30 de junio de 2020, 20 de agosto de 2020 y 30 de noviembre de 2020”.*

- En otro aparte de la respuesta a la demanda, la Fiduciaria convocada manifestó, al pronunciarse frente al hecho 31, que “En cuanto a los informes y rendiciones de cuentas de BTG PACTUAL FIDUCIARIA, me remito a su contenido íntegro, documentos que se aportan como prueba documental (numerales 1.8 al 1.17 de las pruebas documentales), poniendo de presente, de un lado, que se rechaza por no ser cierto el señalamiento de que fueran ‘incompletos, erróneos, disuasorios y parcializado’, y, de otro lado, que los informes de rendición de cuentas fueron elaborados por mi representada con base en la información conocida acerca del Proyecto y del Patrimonio Autónomo Subyacente, que hasta el mes de septiembre de 2019 no evidenciaba irregularidades en el manejo de recursos de este. Se adjuntan como prueba documental los informes de rendición de cuentas de ALIANZA FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo Subyacente, y los estados financieros de éste (numeral 1.28 de las pruebas documentales)”.

En el alegato de conclusión la Fiduciaria demandada, a partir de la página 79 se pronunció sobre este tópico de la controversia, reiterando los argumentos planteados en la defensa propuesta e incorporando las referencias probatorias correspondientes, en especial de índole documental (reseña de las rendiciones de cuentas e informes entregados) y pericial (reseña de apartes del dictamen de parte elaborado por RSM, aportado por las Convocantes, y del de contradicción elaborado por DELOITTE, aportado desde luego por las Convocadas). A manera de apreciación general, indicó: *“Tampoco es cierto que mi representada haya incumplido su deber legal indelegable de rendir cuentas comprobadas de su gestión a los convocantes, cada seis (6) meses, pues documentalmente se probó en este proceso que aquella elaboró y les entregó a éstos por correo electrónico todos los informes de rendición de cuentas semestrales previstos en el Contrato de Fiducia de Inversión, cuyo contenido se ajusta al exigido por la Superintendencia Financiera de Colombia en la Circular Básica Jurídica, con base en la información de la que se disponía en cada período, en particular las rendiciones de cuentas del Patrimonio Autónomo Subyacente, elaboradas y presentadas por ALIANZA FIDUCIARIA, que incluían como anexos los estados financieros del Patrimonio Autónomo Subyacente, al nivel del balance general de período mensual intermedio, y el flujo de caja general y agregado en grandes rubros, sin incluir el detalle específico de los desembolsos de recursos a título de anticipo, ni de las órdenes de giro impartidas por el Gerente del Proyecto, ni los documentos fuente de los movimientos de recursos y las legalizaciones de anticipos hechos durante el período respectivo, y de su contenido no se advertían irregularidades en el desarrollo del Proyecto o en el manejo de los recursos de dicho fideicomiso desembolsados a título de anticipo a partir de las órdenes de giro impartidas por el Gerente del Proyecto.*

*Dicha información del Patrimonio Autónomo Subyacente, suministrada por ALIANZA FIDUCIARIA, correspondía a la que usualmente las sociedades fiduciarias ponen a disposición de los fideicomitentes en negocios fiduciarios similares al Contrato de Fiducia del Patrimonio Autónomo Subyacente, como lo puntualizó el representante del perito DELOITTE, FRANCISCO O'BONAGA QUINTERO, en su declaración rendida ante el H. Tribunal en la audiencia de contradicción del dictamen principal, realizada el 16 de septiembre de 2021”.*

*“...También se probó que a raíz de la parálisis de la obra de construcción del Proyecto, ocurrida a comienzos del mes de agosto de 2019, el Administrador Designado y BTG PACTUAL FIDUCIARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, le formularon a ALIANZA FIDUCIARIA y al Gerente del Proyecto, OIU, requerimientos extraordinarios de información detallada sobre los movimientos contables y el flujo de caja detallado por terceros de dicho fideicomiso, la cual fue suministrada a partir del mes de septiembre de 2019, y a medida que se fue evaluando los hallazgos identificados se dieron a conocer a los Fideicomitentes -incluidos los convocantes- mediante las rendiciones de cuentas del Patrimonio Autónomo de Inversión correspondientes al segundo semestre del año 2019 y al primer semestre del año 2020, y los varios informes*

*extraordinarios que le fueron remitidos por mi representada en el año 2020, obrantes en el expediente, de cuyo contenido se evidencia que no acierta la parte actora al calificarlos como ‘incompletos, erróneos, disuasorios y parcializados’.*

c. Consideraciones del Tribunal.

No existe duda alguna para este Tribunal acerca de que, en efecto, la Fiduciaria BTG tenía la obligación de rendir cuentas comprobadas de su gestión de manera periódica y completa, y que tenía a su cargo una relación de confianza con las Demandantes que le obligaba a que dicha información debía fluir de manera oportuna y fidedigna, sin perjuicio de los deberes y funciones que en esa misma materia de suministro de información correspondiera a otros actores, incluida, en lo que interesa directamente a este proceso, BTG Re Income.

También es cierto que de manera periódica (cada 6 meses) se hicieron llegar informes a los Fideicomitentes con reporte sobre el proyecto, con excepción del informe del mes de diciembre del año 2019, que solo fue presentado con corte al 30 de marzo de 2020.

Ahora bien, habiendo concluido el Tribunal, en el aparte precedente contentivo del análisis de la obligación de gestionar, controlar y vigilar las vicisitudes del Patrimonio Autónomo Subyacente, que la Fiduciaria BTG Convocada incumplió el contrato fiduciario, y teniendo en cuenta que dicho incumplimiento significó no estar al tanto, con la oportunidad debida, de lo que realmente ocurría con el manejo de los recursos del fideicomiso y su sincronía con el avance de la construcción, necesariamente se tiene que concluir que los informes presentados no obedecían, en su materialidad, a la realidad del proyecto, pues está claro que en el mismo ocurrían circunstancias irregulares que debieron ser conocidas más tempranamente por la Fiduciaria BTG si hubiera atendido sus obligaciones de manera adecuada y que, por lo tanto, no pudo oportunamente informarlas a sus Fideicomitentes.

Y es que si, como en efecto se encuentra probado en este proceso, la Fiduciaria BTG no efectuó un seguimiento y control adecuados a la gestión del Patrimonio Autónomo Subyacente, que significara estar al tanto de la correcta inversión de los recursos y su cabal reflejo en el avance de la construcción de la infraestructura, pues necesariamente tiene que concluir el Tribunal que los informes presentados lo fueron de manera parcial o incompleta en cuanto al verdadero estado del proyecto, con información simplemente transferida de la que recibía de los demás actores, pero sin haberle realizado el correspondiente control de que en efecto fuera información coincidente con la realidad; la consideración meramente formal de remisión de rendiciones de cuentas e informes no significa, *per se*, cumplimiento de la respectiva obligación, pues tal cumplimiento no se verifica si el contenido de lo reportado, por no reflejar la realidad del estado del proyecto, no es jurídicamente satisfactorio.

Cabe señalar que no hay evidencia acerca de que la información recibida rutinariamente por la Fiduciaria BTG y transferida a sus Fideicomitentes haya sido puesta a consideración y aprobación en Asamblea del Fideicomiso Subyacente, órgano rector controlado por la vocera del Fideicomiso de Inversión, llamado a evaluar la calidad e idoneidad de la información relativa al estado integral del proyecto.

En conclusión, considera el Tribunal que esta obligación de información a cargo de la Fiduciaria BTG fue incumplida.

### **Análisis en relación con BTG Re Income.**

#### **a. Posición de las Convocantes.**

En los hechos 11 y 12, las Convocantes se refieren a informes entregados por la Fiduciaria sobre la fecha de entrega del Proyecto. En el hecho 15, las Convocantes afirman que la situación de crisis del proyecto solo fue informada por las Convocadas cuando ya la pérdida de la inversión era irreversible.

En general, la evidencia admitida por las propias Convocantes al absolver los interrogatorios y declaraciones de parte permite confirmar que BTG Re Income sí entregó información periódica, y que los Fideicomitentes (y mandantes) la recibían, pero aduciendo que esta era escueta, estándar y sin nunca indicar o alertar sobre el verdadero estado del proyecto, hasta que la parálisis del mismo y posterior verificación de la malversación de fondos fueron evidentes.

#### **b. Posición de las Convocadas.**

En la contestación al hecho 11, BTG Re Income acepta como cierta la afirmación de las Convocantes según la cual, respecto de dicha sociedad, en el informe de seguimiento presentado en junio de 2018 se indicó que la fecha de entrega del proyecto se estimaba para enero de 2019, afirmación que, nuevamente según las Convocadas, se hizo según la información de la que se disponía en ese momento.

En la respuesta al hecho 12, y en lo referente al literal a), las Convocadas sostienen que los informes de seguimiento del proyecto eran elaborados por BTG Re Income y no por la Fiduciaria, y que en el informe de seguimiento de enero de 2019 se indicó como fecha estimada de entrega el mes de junio del mismo año, lo que se hizo con base en la información que para esa fecha se tenía.

En la respuesta al hecho 14, y particularmente en el literal b), las Convocadas afirman que tanto BTG Fiduciaria como BTG Re Income entregaron información clara y oportuna a las Convocantes. Específicamente, se indica que la Fiduciaria envió cinco informes de rendición de cuentas con cortes al 30 de junio de 2018, 31 de diciembre de 2018, 30 de junio de 2019, 31 de diciembre de 2019 -este último con una adenda- y al 30 de junio de 2020, además de cinco informes

extraordinarios con información que calificada por los convocados como precisa y relevante acerca del Proyecto y su situación.

En el literal e) de la respuesta al mismo hecho 14, BTG Re Income afirma que el Administrador Designado fue informado sobre la parálisis del proyecto en septiembre de 2019 por parte de la sociedad Dirección Integral de Proyectos S.A.S. (Dinpro), encargada de la interventoría de la construcción. Ante este conocimiento, y según las Convocadas, BTG Re Income propuso medidas para enfrentar la problemática, requirió información adicional a Alianza Fiduciaria y a OIU y, entre diciembre de 2019 y enero de 2020, revisó los documentos soporte encontrando que ciertos costos directos, indirectos, dotación y equipos y anticipos realizados a OIU no fueron destinados a la obra y se utilizaron de forma irregular. Esta situación, según las Convocadas, llevó a que se citara a reuniones en enero y febrero de 2020, en las que estuvieron la mayoría de Fideicomitentes y en las que se les explicó la situación del proyecto, proponiendo alternativas de liquidez y reestructuración que no fueron aceptadas.

En la contestación al “tercer hecho” del numeral 15 del capítulo destinado a lo fáctico, BTG Re Income niega que sea cierto que ella conociera que el Proyecto tuviese dificultades para finales del 2017.

A su vez, en la respuesta al hecho 18 se reitera como no cierto que BTG Re Income haya incumplido su deber de información frente a las Convocantes, indicando que se enviaron informes de seguimiento entre abril de 2018 y el mismo mes de 2019, sin dejar de anotar que tales informes de seguimiento, según la estructura de gobierno del Contrato de Fiducia del Patrimonio Subyacente, se elaboraban a partir de los datos suministrados por OIU y Alianza Fiduciaria, entidades en las que se había depositado una confianza legítima.

Sobre el cumplimiento del deber de información, la contestación de la demanda formulada por la Fiduciaria indica que los informes de seguimiento los hacía y enviaba el Administrador Designado, a cuyo contenido se atiene aquella compañía, indicando BTG Fiduciaria que no le consta que el Administrador Designado haya incumplido deberes de información u otras obligaciones a su cargo considerando, por el contrario, que cumplió su compromiso de enviar información a los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, indicando como evidencia el numeral 1.21 de las pruebas documentales.

### c. Consideraciones del Tribunal.

Este Tribunal encuentra que, salvo unas demoras de pocos días, BTG Re Income sí cumplió, en lo formal, con su obligación de remitir informes periódicos a sus mandantes, que eran los otros fideicomitentes del Patrimonio Autónomo de Inversión. Al mismo tiempo, el Tribunal, en coherencia con lo que ha quedado expuesto, concluye que BTG Re Income no cumplió tal obligación en términos de contenido sustancial, toda vez que los informes carecían de la materialidad requerida para que sus mandantes estuvieran debidamente informados sobre la

real situación del proyecto, sin que exista evidencia de las verificaciones y controles implementados y llevados a cabo por el Administrador Designado sobre la idoneidad de la información suministrada por Alianza y OIU, confiando en ellos a riesgo de comprometer su propia órbita de responsabilidades, pues las obligaciones convencionales y legales de BTG Re Income, reseñadas en aparte anterior de esta providencia, le imponían, como también se ha precisado, una conducta proactiva en términos de gestión, control y vigilancia que permitieran establecer, oportunamente, la verdadera realidad del estado y desarrollo del proyecto.

Como muestra de la conducta relativa a la rendición de informes sin verificación de la idoneidad del contenido que se reportaba, ilustra el hecho de que en el “Informe de Actualización” de BTG Re Income correspondiente a “Agosto 2019”, con “Cifras a julio de 2019” según reza el texto, se menciona como “Fecha proyectada Entrega” el mismo “Agosto 2019”<sup>111</sup>, referido a una obra cuya construcción se suspendió definitivamente en los primeros días de ese mes, con una ejecución que no llegaba al 40%<sup>112</sup>.

Aunque el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión solo estipula, en su cláusula 5.2, una obligación de objetar la rendición de cuentas de BTG en el patrimonio autónomo de primer nivel, y no un deber de rendición de cuentas con relación a la inversión realizada en derechos fiduciarios en el patrimonio de segundo nivel, es claro que esta obligación existía para BTG Re Income como mandatario de los Fideicomitentes -mandantes-, hasta el punto que, de hecho, los informes se enviaron. El problema no es su inexistencia formal, sino su contenido, conforme se ha señalado con suficiente reiteración.

## **2.5.2.2. Incumplimientos planteados en contra de BTG Fiduciaria.**

### **2.5.2.2.1. Falta en exigir la gestión oportuna del Administrador Designado.**

#### **a. Posición de las Convocantes.**

*Se indica en la demanda, a propósito del hecho 20, que la Fiduciaria BTG dejó “...de exigir, como lo habría hecho cualquier profesional fiduciario prudente y diligente, una gestión oportuna y ajustada a sus funciones por parte del Administrador Designado, en su labor de representación de los intereses de los inversionistas ante el Patrimonio Autónomo Subyacente. Es evidente que la Fiduciaria, con su actitud totalmente pasiva, no actuó – como se lo exigía el Contrato – en el solo beneficio de los Fideicomitentes, pues parece haber privilegiado el vínculo corporativo que tiene (en claro conflicto de interés) con el Administrador Designado, dejando de exigir lo que a este correspondía al llevar la personería del Patrimonio Autónomo ante el Patrimonio Autónomo Subyacente. También es inexplicable que a pesar de lo ocurrido, y de la posición*

<sup>111</sup> Prueba documental 3.13 de la contestación de demanda de BGT Re Income.

<sup>112</sup> El dictamen pericial de Crearcimientos trae un capítulo referido al “Análisis de la Construcción”.

*en la que se encontraba respecto del Administrador Designado, a la Fiduciaria no le hubiese surgido nunca siquiera una duda sobre el alcance de sus obligaciones contractuales, a tal punto que nunca convocó a los Fideicomitentes para resolver tales inquietudes, como lo exigía el Contrato”.*

En el alegato de conclusión escrito no se hizo una especial mención al incumplimiento de esta obligación.

**b. Posición de la Fiduciaria BTG.**

*Al dar respuesta al hecho 20 de la demanda, la Fiduciaria convocada manifestó que “No es cierto que en el Contrato de Fiducia de Inversión se estableció como obligación a cargo de BTG PACTUAL FIDUCIARIA la de exigir: ‘una gestión oportuna y ajustada a sus funciones por parte del Administrador Designado, en su labor de representación de los intereses de los inversionistas ante el Patrimonio Autónomo Subyacente’; mi representada no tenía a su cargo el deber de supervisar la labor del Administrador Designado, quien fue designado por los iniciales Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión, como consta en la sección 5.1 de este contrato. Por lo tanto, no es cierta la atribución de una supuesta ‘grosera negligencia’, que sin fundamento se predica de mi representada en este numeral del acápite de hechos de la demanda”.*

Por otra parte, la segunda excepción propuesta por BTG Fiduciaria fue sustentada, entre otras, en las siguiente afirmaciones: “...mi representada no tenía a su cargo deberes de supervisión respecto de las acciones del Administrador Designado, ni obligaciones de seguimiento de la ejecución presupuestal del Proyecto por parte del constructor, ni del avance las obras, ni de la planeación financiera del Patrimonio Autónomo Subyacente, ni de la negociación o contratación del endeudamiento para éste, ni de la custodia de los activos del mismo, ni del manejo y la disposición de los recursos del fideicomiso subyacente, a los que sin fundamento se alude en la demanda, ni delegó sus deberes indelegables en el Administrador Designado, y, por consiguiente, por sustracción de materia se ha de descartar el incumplimiento que por estos aspectos se le endilga sin fundamento. En todo caso, es claro que los supuestos deberes de vigilancia y control respecto de las acciones del Administrador Designado, a los que se alude en la demanda, no eran necesarios para la consecución de la finalidad del Contrato de Fiducia de Inversión, establecida en la Sección 2.2, literal (a), así: ‘El presente Contrato es un contrato de fiducia mercantil de inversión, que tiene por objeto la constitución de un patrimonio autónomo con los Bienes Fideicomitidos 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 el alegato de conclusión presentado por BTG Fiduciaria, siguiendo -como es natural- la línea de defensa trazada en la contestación de la demanda, se afirmó en las páginas 73 a 75, en relación con esta obligación, lo siguiente: “BTG PACTUAL FIDUCIARIA no tenía a su cargo los supuestos deberes de

*supervisión respecto de las acciones del Administrador Designado, invocados por los convocantes como otro fundamento de las pretensiones de incumplimiento deprecadas, los que ciertamente no están dentro de las obligaciones establecidas en el Contrato de Fiducia de Inversión -en especial en el Artículo XII, Sección 12.2 y demás pertinentes y concordantes-, y tal ausencia tiene una especial relevancia y se ha de apreciar y evaluar por el H. Tribunal a la luz de lo estipulado expresamente en el literal (r) de dicha cláusula, donde se expresó que: ‘(...) 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’ (se resalta y subraya), en el sentido que las partes contratantes, sabedoras de que el Administrador Designado fue designado por los Fideicomitentes iniciales -y no por BTG PACTUAL FIDUCIARIA-, no dispusieron que mi representada debiera ejercer supervisión sobre el Administrador Designado, como una actividad necesaria para la consecución de los fines de ese contrato y del Patrimonio Autónomo de Inversión.”*

c. Consideraciones del Tribunal.

Es cierto que no existe a lo largo de la literalidad del Contrato de Fiducia de Inversión suscrito entre las partes de este litigio una estipulación expresa en cabeza de la Fiduciaria BTG, en la cual de manera inequívoca se le asigne la obligación de exigir la gestión oportuna de las obligaciones a cargo del Administrador Designado.

No obstante lo anterior, sí ha considerado este Tribunal que dada la finalidad del Contrato de Fiducia de Inversión, consistente en servir, de un lado, como mecanismo de inversión de los recursos de los Fideicomitentes y, del otro lado, de generar un mandato de representación de sus intereses en el Patrimonio Autónomo Subyacente, del cual adquirirían el 80% de los derechos fiduciarios, cuyo gestor obviamente sería la Fiduciaria BTG en su condición de vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, sí existía en cabeza de ella un contenido obligacional suficientemente comprensivo, a partir de las funciones enunciadas en el Contrato, que involucra consideraciones que se desprenden no solo de la naturaleza del vínculo y de su finalidad, sino también de su condición de profesional en asuntos fiduciarios.

Dichas obligaciones incluían hacer seguimiento al cumplimiento de los demás actores respecto de sus roles y obligaciones con el fin de poder proteger la inversión de los Fideicomitentes y como tal lograr la finalidad económica del entramado de patrimonios autónomos vinculados al proyecto, sin que tal obligación pudiera llegar al punto de tener que supervisar cuidadosamente el cumplimiento de las obligaciones a cargo, en este caso, del Administrador Designado, ni mucho menos tener que estar exigiendo del mismo una gestión oportuna de sus obligaciones. Se trataba, en resumidas cuentas, de obrar de una manera coordinada con el Administrador Designado para que, como resultado querido, se cumpliera la finalidad de la operación proyectada, la cual, si bien es

cierto no se cumplió, no encuentra este Tribunal que hubiera sido a consecuencia de una falta de coordinación entre las dos Convocadas, sino, más bien, fruto del incumplimiento individual de las obligaciones a cargo de cada una de ellas - aunque algunas de las tales obligaciones incluso fueran comunes en su formulación, pero exigibles con contenidos propios según las funciones de cada sociedad-, sin que tal circunstancia pudiera significar que la Fiduciaria tuviera, propiamente, el derecho a exigir al Administrador Designado el cumplimiento oportuno de sus deberes y obligación, aunque sí se esperaba, dado el parentesco societario de las Convocadas, un actividad complementaria y colaborativa entre ellas. Este incumplimiento, entonces, no se configura.

#### **2.5.2.2.2. Delegación de funciones inherentes a la Fiduciaria en el Administrador Designado, intención de limitación de su responsabilidad con su designación y supuesto conflicto de interés.**

##### **a. Posición de las Convocantes.**

Las Convocantes, en el hecho 25 de su demanda, indican que a BTG Re Income se le delegaron funciones inherentes a la sociedad fiduciaria, generándose además un presunto conflicto de intereses y argumentando que tal delegación podría haber tenido como propósito que ciertas labores contractuales fueran llevadas a cabo por una entidad que, como BTG Re Income, no es vigilada por la Superintendencia Financiera. En el hecho 26 se reitera lo anterior, indicando que las funciones delegadas son inherentes a la actividad fiduciaria, especialmente cuando se trata de una fiducia mercantil de inversión de recursos, para luego argumentar que, según el artículo 1234 del Código de Comercio, los deberes allí descritos son indelegables, citando además como soporte de esta aseveración el Concepto 1997045453-4 del 14 de agosto de 1998 de la mencionada Superintendencia.

Finalmente, en lo que respecta a la demanda, el hecho 29 afirma que, *“Aparentemente, la figura de Administrador Designado que se encuentra en el esquema fiduciario propuesto por la Fiduciaria, tuvo su origen en limitar su responsabilidad contractual y perjudicar los intereses directos de los Fideicomitentes.”*

##### **b. Posición de las Convocadas.**

En la parte final de la respuesta al hecho 24 de la demanda, las Convocadas recuerdan que la Fiduciaria no es la titular de derechos fiduciarios en el Patrimonio Autónomo Subyacente, sino que lo es el Patrimonio Autónomo de Inversión, además de afirmarse que, como Administrador Designado, BTG Re Income no encuentra que la Fiduciaria haya incumplido sus obligaciones derivadas del Contrato de Fiducia de Inversión. Algo similar indica la Fiduciaria BTG al responder, en su contestación a la demanda, el hecho 20.

A continuación, al contestar el hecho 25 las Convocadas niegan que en el Contrato de Fiducia de Inversión se hubieran delegado en el Administrador Designado funciones inherentes a la Fiduciaria, indicando que lo que realmente ocurrió es que en tal negocio jurídico se precisaron las funciones del Administrador Designado.

En términos similares, y al contestar el hecho 26, las Convocadas insisten en que en ninguna parte del Contrato de Fiducia de Inversión se hizo referencia a la delegación de funciones o deberes indelegables de la Fiduciaria.

Sobre este tema también trata la respuesta al hecho 27, con relación al cual BTG Re Income considera que es una transcripción de una norma del Código de Comercio con base en la cual las Convocantes concluyen que las obligaciones de las fiduciarias son indelegables, ateniéndose las Convocadas al texto de la norma citada y reiterando que la Fiduciaria no delegó en el Administrador Designado funciones o deberes indelegables, además de considerar que con la demanda, las Convocantes, que también son algunos de los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión en el que se incorporó la delegación a BTG Re Income de ciertas funciones, pretenden desconocer sus propios actos.

En cuanto al hecho 29, la Fiduciaria BTG critica a las Convocantes por no precisar cuáles fueron los deberes que se incumplirían gracias a radicarse en un ente más pequeño y de naturaleza no fiduciaria, advirtiendo que no es cierto que los deberes que los iniciales Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión le asignaron al Administrador Designado tuvieran la vocación de ser incumplidos por ser esta última compañía supuestamente más pequeña y no vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Acto seguido, las Convocadas manifiestan que la designación de BTG Re Income como representante de los Fideicomitentes, y no de la Fiduciaria como tal, se debió a que el Patrimonio Autónomo de Inversión tenía una destinación específica, encargándole al Administrador Designado la función de impartir instrucciones a la Fiduciaria con relación a los recursos del Patrimonio Autónomo de Inversión.

En este punto, BTG Re Income también afirma desconocer hechos que dieran lugar, en el contexto del contrato de Fiducia de Inversión, a la aplicación del numeral quinto del artículo 1234 del Código de Comercio, según el cual un fiduciario debe pedir instrucciones a la Superintendencia Financiera cuando existan dudas sobre la naturaleza y alcance de sus obligaciones. Sobre este tema, en su contestación a la demanda, BTG Fiduciaria manifiesta que, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, no ha tenido dudas sobre el alcance de sus obligaciones bajo el Contrato de Fiducia de Inversión, además de reiterar que no ha delegado deberes indelegables en el Administrador Designado.

Al responder el hecho 28, además de atenerse al texto del Concepto de la Superintendencia Financiera que las Convocantes transcriben, BTG Re Income

considera que no es cierto que la Fiduciaria haya delegado uno o más deberes indelegables en ella, reiterando que el hecho de haber establecido ciertas funciones en cabeza de esta última compañía, diferentes a las de la Fiduciaria, no implica haber delegado deberes indelegables.

En cuanto al hecho 29, BTG Re Income niega que la estructura contractual diseñada y aprobada haya tenido como objetivo limitar la responsabilidad contractual de la Fiduciaria y mucho menos perjudicar los intereses de los Fideicomitentes, ni tampoco burlar alguna regulación financiera, reiterando que los propios Fideicomitentes, entre los que están las Convocantes, aceptaron la participación de BTG Re Income como Administrador Designado.

c. Consideraciones del Tribunal.

En este acápite, el Tribunal se pronunciará sobre los siguientes tres temas: (i) una presunta delegación de deberes fiduciarios que se consideran indelegables, (ii) una posible intención de nombrar a BTG Re Income como Administrador Designado para limitar la responsabilidad de la Fiduciaria BTG, y (iii) un posible conflicto de intereses al nombrar a BTG Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, llamado a invertir el Fideicomiso de Administración, y a BTG Re Income, una entidad vinculada, como Administrador Designado.

i. Presunta delegación de deberes fiduciarios supuestamente indelegables.

Sea lo primero afirmar que si bien el artículo 1234 del Código de Comercio, desde hace 50 años, consagra ocho deberes del fiduciario, calificándolos como indelegables, realmente no puede afirmarse, en sana lógica, que ningún deber fiduciario sea indelegable en términos absolutos. Como bien lo afirma Sergio Rodríguez Azuero, en su obra *Negocios Fiduciarios*<sup>113</sup>, una sociedad fiduciaria debe obrar directamente cuando tenga la capacidad y experiencia para ello, pero delegar cuando encuentre otras personas que sean más expertas que ella en ese respectivo tema. Por ejemplo, en cuanto al numeral quinto del artículo 1234 del Código de Comercio, si la personería para proteger y defender los bienes fideicomitidos requiere o aconseja contratar a un abogado experto, que no está dentro de la nómina de la fiduciaria, ese deber es delegable y sería irresponsable que la propia fiduciaria ejerciera tal función. Ahora bien, como también recuerda el tratadista Rodríguez Azuero, la delegación no implica exoneración de responsabilidad de una sociedad fiduciaria; por el contrario, esta responde por los actos de su delegado como si fueran propios.

En este caso, el Tribunal considera que no hubo delegación por parte de la Fiduciaria BTG de ningún deber fiduciario en BTG Re Income, ni mucho menos del deber principal en una fiducia de la clase a la que pertenece la que es objeto de este proceso, cual es la inversión de las sumas de dinero correspondientes a los llamados de capital siguiendo las instrucciones de los fideicomitentes y, así,

---

<sup>113</sup> Legis, Primera edición, 2005.

entregando tales cantidades al Patrimonio Autónomo Subyacente.<sup>114</sup> Para que hubiera sido delegación, debería haber existido primero un contrato entre la Fiduciaria y los Fideicomitentes, y luego otro, delegando funciones, entre la Fiduciaria BTG y BTG Re Income, y ello no fue así. Lo que hubo fue un Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, que como se dijo en un apartado anterior, evolucionó como un negocio jurídico en cierta forma híbrido, estipulando que BTG Pactual sería la sociedad fiduciaria, e incorporando una asignación de funciones a BTG Re Income, a la manera de un mandato mercantil. Fueron entonces los propios Fiduciantes, y no la Fiduciaria, quienes delegaron el ejercicio de sus derechos en una sociedad especializada y experta en temas inmobiliarios, y lo hicieron, como bien lo señalan las Convocadas, en ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual - así la figura hubiera sido propuesta en el ámbito BTG al invitar a sus clientes a vincularse al proyecto-, que no limita la posibilidad de que haya esta concurrencia de funciones.

En este punto, además, también aciertan los apoderados de las Convocadas al alegar que las Convocantes no pueden ir en contra de sus propios actos (*venire contra factum proprium*). El Contrato claramente estipula las funciones de BTG Fiduciaria, como sujeto del que se predica tal caracterización, así como las de BTG Re Income como Administrador Designado, sin que el Tribunal pueda inferir que alguna de las funciones de la Sección 5.2 corresponda a un deber de naturaleza puramente fiduciaria; por el contrario, son cargas naturales de los Fiduciantes, que en este caso prefirieron actuar no de manera individual sino conjunta, a través de un representante común que se presentó como profesional en actividades inmobiliarias, lo que justificaba su vinculación mediante una relación negocial de perfil propio y jurídicamente diferenciado. En tal sentido, así el Administrador Designado haya sido propuesto por la Fiduciaria BTG, y exista relación de tipo societario entre ellos, los inversionistas –Fideicomitentes- estaban por supuesto habilitados para no utilizar los servicios de BTG Re Income y haber propuesto otro administrador o haber preferido omitir la existencia de tal mandatario. A la postre, voluntariamente optaron por aceptar el diseño negocial que les fue presentado.

Para el Tribunal es claro que las Convocantes, directamente según la experiencia de sus propias actividades mercantiles y/o con asesoría profesional especializada, manifestaron su consentimiento en los términos del clausulado que conocieron y evaluaron con antelación, bajo el planteamiento de que no se trataba de delegación de deberes de la Fiduciaria BTG -a sabiendas de la existencia de normas restrictivas en esa materia-, los cuales permanecían vigentes, sin perjuicio de que los asignados y asumidos por el Administrador Designado, sin duda

---

<sup>114</sup> Comparte el Tribunal la afirmación de los alegatos de conclusión de Re Income, según la cual “*La atribución de esta función [de mandato] no implicó una asignación de funciones indelegables de BTG Pactual Fiduciaria, sino un encargo particular que resulta completamente válido a partir de las reglas de la autonomía de la voluntad. La vigilancia del Patrimonio Autónomo Subyacente no hace parte de ninguno de los deberes indelegables de BGT [sic] Pactual Fiduciaria listados en el artículo 1234 del Código de Comercio.*”

relacionados con los de aquélla por cuenta de la coligación contractual advertida, pero jurídicamente separables con régimen legal propio.

ii. Posible intención de nombrar a BTG Re Income como Administrador Designado para limitar la responsabilidad de la Fiduciaria BTG Pactual.

Las conclusiones en este punto son similares a las del anterior. El Tribunal considera que las funciones de BTG Re Income como Administrador Designado y de la Fiduciaria BTG eran diferentes, cada una con una justificación y razón de ser diferente, y que tal estructura dual era viable considerando la libertad de contratación en que se sustenta, especialmente en un negocio jurídico entre partes experimentadas en sus respectivas actividades y/o asesoradas profesionalmente.

Es así, entonces, como el Tribunal considera que no hay evidencia en el expediente de intención alguna por parte de la Fiduciaria BTG o de BTG Re Income, de que aquella propusiera a esta última como Administrador Designado con el propósito de limitar su propia responsabilidad; ninguna evidencia de contravención del principio de la buena fe se observa en la configuración del diseño contractual convenido. El proyecto fue un fracaso, sí, pero el Tribunal debe evitar el sesgo de retrospectiva y juzgar temas como este considerando las circunstancias del momento en que ni BTG Re Income ni la Fiduciaria BTG esperaban que el proyecto fracasara por la malversación de fondos que a posteriori encontraron y denunciaron penalmente. Todo lo contrario: al momento de la firma del Contrato, las expectativas eran de rentabilidad y éxito. El Contrato estipulaba una serie de riesgos, ninguno de los cuales se materializó a juicio del Tribunal -según se puntualizó-, con lo cual la responsabilidad de BTG Re Income y de la Fiduciaria BTG ya estaba acotada, en función de ámbitos contractuales coligados pero identificables separadamente como se ha dicho, con sujeción a las respectivas normas legales.

No pasa desapercibido, en esta línea de argumentación, que BTG Re Income fue nombrado por los propios Fideicomitentes, quienes, como ya se dijo, libremente decidieron así hacerlo, con conocimiento del esquema negocial propuesto –que incluía la figura en cuestión-, sin haber manifestado reservas sobre el texto contractual finalmente firmado, contando para ello -valga repetir- con la asesoría de profesionales expertos en la materia.

iii. Posible conflicto de intereses entre la Fiduciaria BTG y BTG Re Income.

Un conflicto de intereses se define como aquella situación en la cual una persona natural o jurídica podría tener incentivos para actuar de tal manera que se maximice su beneficio individual y no el de las personas para con las cuales tiene obligaciones de lealtad ya sean contractuales o legales.

En el presente caso, el hecho de que BTG Fiduciaria y BTG Re Income sean dos sociedades administradas que, según la evidencia del expediente, son administradas como una sola compañía, con una sola estrategia de

comercialización y con algunos empleados que desempeñan labores en ambas sociedades podía generar, desde esa perspectiva, un conflicto de intereses. La evidencia probatoria es clara al demostrar que para las Convocantes, a pesar de que el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión separa detalladamente funciones, BTG es “una sola” -expresión casual, sin contenido jurídico específico-, que los empleados que rindieron testimonio cumplen o pueden cumplir funciones indistintamente para BTG Fiduciaria y/o para BTG Re Income -e, incluso, para otra(s) compañía(s) BTG- porque así lo permiten sus contratos laborales, y que si bien los representantes legales son diferentes, la cúpula directiva es similar para ambas sociedades. Cuando el problema ya se hizo inocultable, a principios de 2020, Juan Rafael Pérez Vélez y Juan Manuel Velasco Barrera,<sup>115</sup> personas con capacidad de administración y dirección en BTG Fiduciaria y BTG Re Income, de conformidad con lo indicado en los testimonios, lideraron intento de salvamento del proyecto proponiendo ciertas fórmulas a los inversionistas, tanto a nombre de la Fiduciaria BTG como de BTG Re Income. El conflicto de intereses también se aprecia al actuar BTG Fiduciaria con ese carácter, mientras que BTG Re Income era un Fiduciante más y además Administrador Designado por los demás Fideicomitentes.

Pero los conflictos de intereses no son ilegales, ni reprochables *per se*; de hecho, no están prohibidos y son relativamente comunes en negocios financieros como el que motiva el presente proceso. Incluso, al menos *a priori*, suena lógico que una sociedad cercana a la Fiduciaria, y experta en el mercado inmobiliario, actuara como Administrador Designado, y no un tercero desconocido para las partes del negocio jurídico. Lo inconveniente -y a veces grave- ocurre cuando los conflictos de intereses no se revelan; pero esto no fue lo que ocurrió en este caso. Desde la negociación previa y la posterior celebración del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, las Convocantes tenían suficiente claridad, o debían tenerla según la información recibida y la asesoría brindada por sus abogados, de que la Fiduciaria BTG y BTG Re Income tenían evidente parentesco societario, sin que en ese momento hubieran objetado tal situación<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> En el Certificado de existencia y representación de BTG Fiduciaria, aportado como anexo a la demanda, Juan Manuel Velasco Barrera figura como miembro principal de la Junta Directiva de esta compañía. Ese mismo certificado indica que la matriz del grupo empresarial es BTG Pactual G7 Holding S.A., que controla indirectamente a BTG Pactual Fiduciaria. Por su parte, el certificado de existencia y representación de Re Income reporta como matrices a BTG PACTUAL REAL ESTATE LUXEMBOURG HOLDING S.A. y BTG PACTUAL E&P S.A.R.L. En la página <https://www.btgpactual.com.co/es/-quienes-somos-/gobierno-corporativo> se indica que Juan Rafael Pérez Vélez fue designado CEO de BTG Pactual en Colombia en 2016.

<sup>116</sup> En las consideraciones del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión se estipula: “*La Fiduciaria, luego de haber realizado los análisis y valoraciones respectivas, ha concluido que la celebración del presente Contrato no representa ni da lugar a la configuración de un posible conflicto de intereses, según lo indicado en el numeral 9 del Artículo 146 del EOSF. Igualmente, las Partes declaran y manifiestan que, con base en las obligaciones que del presente Contrato se derivan para cada una de ellas, han evaluado y llegado a la conclusión que en desarrollo del mismo no hay lugar a situaciones que puedan llevar a posibles conflictos de intereses. En el evento en que por cualquier razón sobrevinieren conflictos de intereses, los mismos serán administrados conforme a las políticas y reglas que se establecen en este Contrato.*” Tal vez esta imprecisión se deba a la ya mencionada “prohibición” de conflictos de intereses del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma que no se debe interpretar de manera tan exegética, algo similar a lo que ocurre con otra norma del mundo fiduciario según la cual las obligaciones de las sociedades fiduciarias son de medio cuando ya es claramente aceptado que algunas de ellas, como rendir cuentas, son deberes de resultado.

Además, el literal (b) de la Sección 7.1 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión es diáfano al estipular que *“En cualquier evento posterior o futuro del que pueda identificarse una hipótesis de la que eventualmente pueda derivarse un conflicto de interés, la Fiduciaria ejecutará todas las actuaciones relacionadas con la administración de tales circunstancias por instrucciones precisas y puntuales impartidas por los Fideicomitentes [o por su mandatario, Re Income], sin que se reserve facultad discrecional alguna justamente como metodología para administrar eventuales conflictos de interés.”* Llama sí la atención que la Fiduciaria BTG, en el literal (c) de la misma Sección haya revelado su vínculo económico con BTG Pactual Comisionista de Bolsa, pero no expresamente con BTG Re Income, aunque ello no cambia las conclusiones anteriores.

El Tribunal es consciente del numeral noveno del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que en su parte pertinente señala: *“Conflictos de interés -numeral adicionado por el artículo 38 de la Ley 795 de 2003-. Los directores, representantes legales, revisores fiscales y en general todo funcionario de entidades fiduciarias con acceso a información privilegiada deberá abstenerse de realizar cualquier operación que dé lugar a conflictos de interés entre el fiduciario y el fideicomitente o los beneficiarios designados por este”*.

Pero como, de nuevo, bien señala el tratadista Sergio Rodríguez Azuero en su obra *Negocios Fiduciarios*<sup>117</sup>, la norma realmente no puede prohibir lo que en ocasiones aparece como inevitable, como son los conflictos de intereses, sino restringir estos si no hay suficiente revelación de información. Además, tal prohibición, en el peor de los casos, solo sería aplicable cuando hubiere acceso a información privilegiada, lo que no ocurrió en este caso.

El proyecto fracasó, sí. Pero esta indeseable situación no se debió, en lo absoluto, a conflicto de intereses entre la Fiduciaria BTG y BTG Re Income, ni a falta de revelación de información a los demás Fideicomitentes del Patrimonio Autónomo de Inversión sobre tal situación; el origen del fracaso se ubica en hechos y circunstancias de otro talante, de alguna manera abordadas en esta providencia, desde luego en el marco propio y específico de la competencia de este Tribunal.

### **2.5.2.2.3. Incumplimiento del deber de confidencialidad y reserva del contrato.**

#### **a. Posición de las Convocantes.**

En el hecho 21 de la demanda se señala sobre este incumplimiento que *“... sin mediar ningún tipo de autorización e incumpliendo el deber de confidencialidad y reserva del contrato de fiducia mercantil y del Estatuto Orgánico del Sistema*

---

<sup>117</sup> Legis, 2005.

*Financiero vigente, la Fiduciaria ha difundido públicamente información de las operaciones de inversión de personas vinculadas con algunas de las Convocantes, que son reconocidas por su trasegar deportivo en el fútbol profesional nacional e internacional y que hoy en día se ven relacionados en los medios con este Proyecto y su gerente, objeto de críticas, reproches y denuncias, todo por causa de la indelicadeza de la Fiduciaria quien, a pesar de las advertencias, no conservó la reserva de esta información”.*

Este asunto, tocado de manera tangencial en la demanda, no fue acompañado de un esfuerzo probatorio particular, ni de desarrollo especial en las alegaciones finales.

**b. Posición de la Fiduciaria BTG.**

Al dar respuesta al hecho 21, la Fiduciaria convocada, afirmó: *“No es cierto que BTG PACTUAL FIDUCIARIA haya incumplido el deber de confidencialidad y haya difundido públicamente información de las operaciones de inversión de personas vinculadas con algunas de las convocantes, que no se identifican, acusación de la cual no se aportó prueba alguna y que no tiene relación con las pretensiones de la demanda”.*

Por su parte, a propósito del alegato de conclusión, la Fiduciaria demandada, indicó, haciendo referencia a otros reproches efectuados a ella en la demanda y su ausencia de prueba o relevancia, sobre este punto específico, lo siguiente: *“El supuesto incumplimiento por parte de BTG PACTUAL FIDUCIARIA del deber de confidencialidad y reserva bajo el Contrato de Fiducia de Inversión, respecto de lo cual: (i) no se demostró que mi representada o alguno de sus funcionarios o dependientes hubiera: ‘difundido públicamente información de las operaciones de inversión de personas vinculadas con algunas de las Convocantes, que son reconocidas por su trasegar deportivo en el fútbol profesional nacional e internacional y que hoy en día se ven relacionados en los medios con este Proyecto y su gerente, objeto de críticas, reproches y denuncias, todo por causa de la indelicadeza de la Fiduciaria quien, a pesar de las advertencias, no conservó la reserva de esta información’, y (ii) no se demostró de qué persona(s) se trataba y cuál fue la información reservada o confidencial que se habría difundido, ni por cual medio, ni en qué momento”.*

**c. Consideraciones del Tribunal.**

El Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión registra de manera clara una obligación de confidencialidad en cabeza de los Fideicomitentes, en los términos de que da cuenta el literal (d) de la Sección 11.2, a cuyo tenor, estos tienen la obligación de *“(d) Guardar absoluta reserva de la información y documentos de la Fiduciaria que los Fideicomitentes conozcan en desarrollo de este contrato”.* Y aunque no existe estipulación contractual en igual sentido a cargo de la Fiduciaria, no existe duda para este Tribunal que a ella asiste un deber de confidencialidad por virtud de lo cual, toda la información relevante y

confidencial de que fueran titulares los Fideicomitentes y que fuera compartida o conocida por la Fiduciaria en desarrollo o con ocasión del contrato debía mantenerse con dicho carácter. Ese deber se deriva, entre otras normas, del artículo 871 del Código de Comercio, según el cual *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*. De manera más concreta, esta obligación también se deriva de la ley de habeas data, o Ley Estatutaria 1581 de 2012, cuyo artículo 4 define el principio de confidencialidad de la siguiente manera: *“Todas las personas que intervengan en el Tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el Tratamiento, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma”*.

Ahora bien, al margen de la vigencia misma del deber de confidencialidad, debe señalar el Tribunal que, en cualquier caso, en el campo probatorio no encuentra medio demostrativo concreto e inequívoco de que, en efecto, hubiera ocurrido una revelación de información por parte de la Fiduciaria BTG en relación con uno, alguno(s) o todos los Fideicomitentes aquí Convocantes que tenga virtualidad para poder ser considerada como un incumplimiento contractual de relevancia para esta causa. XXparece letra e interlineado diferente?XX

### **2.5.2.3. Funciones contractuales supuestamente incumplidas por BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**

#### **2.5.2.3.1. Administrar, suscribir o vigilar, según el caso, los contratos de los cuales el Patrimonio Autónomo sea parte, así como cumplir con las obligaciones de los contratos que lo vinculen con el Patrimonio Autónomo Subyacente.**

Es necesario rememorar que la Sección 5.2 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, al relacionar las funciones del Administrador Designado, señala la de *“(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”*, la misma que sirvió de punto de partida para examinar el incumplimiento “común” relativo a la *“Falta de gestión, control y vigilancia debida”* (numeral 5.2.1.1.), por lo que el Tribunal se remite a las consideraciones plasmadas en ese acápite de esta providencia, incluida la calificación positiva de configuración de dicho incumplimiento.

**2.5.2.3.1.1. Instruir a la Fiduciaria por escrito, sobre todas las cuestiones necesarias para realizar debidamente las actividades relacionadas con la inversión en el Patrimonio Autónomo.**

a. Posición de las Convocantes.

Según el literal b) del numeral 23. de los hechos de la demanda, la función atribuida en el Contrato de Fiducia de Inversión al Administrador Designado consistente en *“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”*, fue incumplida por BTG Re Income por cuanto instruyó en dos ocasiones a la FIDUCIARIA BTG para que desembolsara la totalidad de los aportes de los Fideicomitentes inversionistas en favor del Patrimonio Autónomo Subyacente -realizó dos llamados de capital, uno en febrero y otro en mayo de 2018- *“sin verificar estado de obra, cumplimiento de presupuestos, informes de interventoría, entre otros aspectos que confirman un buen estado de obra”*. Adicionalmente, agrega que esas instrucciones de giro fueron otorgadas directamente por el Administrador Designado, motivado por la Gerencia del proyecto -OIU- para el pago de sus propias acreencias en virtud de los contratos de mutuo -los llamados créditos puente- que había celebrado con el Fideicomiso Subyacente.

En el alegato de conclusión, aunque de manera particular las Convocantes no plantean un incumplimiento específico del Administrador Delegado asociado de manera concreta a la función de instrucción relacionada con la realización de las inversiones en el Patrimonio Autónomo Subyacente, afirman que para la fecha del Otrosí Integral No. 1 y de traslado de los primeros recursos por parte de los inversionistas, las Convocadas no detectaron que en el mencionado Fideicomiso había cuantiosos anticipos a contratos y proveedores sin legalizar (por más de 4.200 millones de pesos), ni que los estados financieros del citado Fideicomiso reflejaban un deterioro o pérdida (por más de 3.100 millones de pesos) que debía haber llevado a la no suscripción del Otrosí, o al menos, a no ordenar el traslado de los recursos mientras no se efectuasen las aclaraciones y depuraciones pertinentes. En sustento de su alegato se invoca, fundamentalmente, el dictamen pericial de RSM y una supuesta confesión del representante legal de BTG Re Income.

b. Posición de las Convocadas.

En cuanto a los hechos invocados en la demanda, la Fiduciaria BTG afirma en su escrito de contestación no constarle que el Administrador Designado haya incurrido en ninguno de los incumplimientos contractuales que se le atribuyen, y en cuanto a los recursos del Patrimonio Autónomo de Inversión, recalca que fueron destinados por ella, como vocera de dicho Patrimonio Autónomo, a la inversión en derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo Subyacente, previa

instrucción del Administrador Designado, de conformidad con lo dispuesto al respecto en el Contrato de Fiducia de Inversión; niega que dicha instrucción tuviera como motivación el pago de los créditos puente otorgados por BTG Re Income y señala que ni para febrero ni para mayo de 2018 el proyecto presentaba irregularidades o señales de alarma, de modo que, en esa medida, nada tiene de reprochable que la Fiduciaria BTG haya atendido el llamado de capital del Patrimonio Autónomo Subyacente, gestión que precisamente estaba encaminada al desarrollo del proyecto.

Por su lado, BTG Re Income sostiene que no es cierto que a esta sociedad le correspondiera realizar una gestión de supervisión del “*día a día*” del desarrollo del proyecto; no era el administrador, gerente, constructor, interventor o auditor del mismo, y no tenía a su cargo el rol que pretenden atribuirle las Convocantes. Respecto de las funciones a cargo del Administrador Designado remite a lo consignado en la sección 5.2 del Contrato de Fiducia de Inversión, y sobre lo pregonado en el literal b) del numeral 23. de los hechos de la demanda, afirma que ni para febrero de 2018, ni para mayo de 2018 (época de los llamados de capital para el desarrollo del proyecto), éste presentaba irregularidades o señales de alarma. En esa medida nada tiene de reprochable que la Fiduciaria BTG haya atendido el llamado de capital del Patrimonio Autónomo Subyacente, gestión que precisamente estaba encaminada al desarrollo del proyecto.

En su alegato final, la Fiduciaria BTG reafirma lo dicho en la contestación de la demanda y resalta que cuando se adquirieron los derechos fiduciarios en el Patrimonio Autónomo Subyacente -entre los meses de marzo y mayo del 2018-, la construcción del proyecto se encontraba en desarrollo, sin que la Fiduciaria conociera evidencia de irregularidades en el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente.

BTG Re Income incluye varios argumentos; (i) Señala que en virtud de lo previsto en el literal b) de la cláusula 5.2 del Contrato de Fiducia de Inversión, estaba a cargo del Administrador Designado “*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*”, y que en cumplimiento de esa función instruyó a la Fiduciaria BTG para que efectuara dos llamados de capital: el primero, el 15 de febrero de 2018, por un 75% de los compromisos de capital pactados, y el segundo, en mayo de 2018, por otro 20%, haciéndose efectiva la finalidad principal del Patrimonio Autónomo de Inversión; (ii) Advierte, apoyado en varios apartes del Contrato de Fiducia de Inversión, que BTG Re Income, so pena de incumplimiento contractual, no podía negarse a impartir las instrucciones para los llamados de capital efectuados; y (iii) Reafirma que para esas fechas el proyecto no presentaba irregularidades o señales de alarma. Advirtiendo, adicionalmente, que de manera previa a su vinculación como Fideicomitente en el Patrimonio Autónomo de Inversión, detectó la existencia de anticipos pendientes por legalizar que “*podían identificarse de manera agregada en los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo*

*Subyacente*”, cuya legalización y evaluación de provisiones solicitó a Alianza Fiduciaria una vez materializada su vinculación, lográndose como efecto una disminución de dicho rubro.

Como soporte probatorio de su aserto, acude al dictamen pericial contable y financiero elaborado por RSM y al testimonio de Juan Francisco Marín González.

c. Consideraciones del Tribunal.

De entrada, debe señalar el Tribunal que el tópico particular de la ejecución negocial que en este apartado se aborda, ha sido ya referenciado en acápites anteriores de la providencia, en particular cuando se examinó el incumplimiento de *“Falta de gestión, control y vigilancia debida”* que en la demanda arbitral se imputa tanto a BTG Fiduciaria como a BTG Re Income, de modo que lo que allí se dice forma parte del sustento del examen que ahora ocupa la atención, relativo al reproche específico asociado a la desatención que se predica en cabeza de BTG Re Income respecto de su función contractual consistente en *“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”*. Ahora se ocupa el Tribunal del asunto, con una visión complementaria y algo más panorámica, aunque acotada en función del incumplimiento específico sobre el que se decide.

Según lo planteado por las Convocantes en su demanda, el Administrador Designado incumplió con la función atribuida en el literal (b) de la sección 5.2 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, al haber instruido a BTG Fiduciaria para el realizar el desembolso de los aportes al Patrimonio Autónomo Subyacente ante los llamados de capital efectuados en febrero y mayo de 2018, *“sin verificar estado de obra, cumplimiento de presupuestos, informes de interventoría, entre otros aspectos que confirman un buen estado de obra”*. Y en el alegato de conclusión, en lo que a esta temática particular respecta, centró temporalmente su atención en el tópico relativo a la realización de las primeras inversiones del Fideicomiso de Inversión en el Patrimonio Autónomo Subyacente en marzo 2 de 2018 sin que las Convocadas -involucra a ambas- se hubiesen asegurado de que este último tuviera para entonces *“una situación financiera y contable sana y consistente con la realidad del negocio”*. Frente al segundo llamado de capital (en mayo de 2018) y un eventual incumplimiento del Administrador Designado relacionado con la respectiva instrucción para su realización, ningún desarrollo se evidencia, con ese alcance, en las alegaciones finales.

Corresponde al Tribunal, entonces, examinar la imputación efectuada a BTG Re Income como Administrador Designado, a la luz de la función establecida a su cargo en el reseñado literal b) de la sección 5.2 del Contrato de Fiducia Mercantil

de Inversión, y en lo que atañe, de manera particular, a las primeras inversiones efectuadas en marzo 2 de 2018<sup>118</sup>.

Se ha señalado ya que en la sección 5.1 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, BTG Re Income, fue designada para actuar “*como administrador del Patrimonio Autónomo*”, y se señaló que “*será el encargado de dar las instrucciones a la Fiduciaria en relación con las inversiones*”. Concordante con ello, en materia de “*política de inversión de los bienes fideicomitidos*”, las partes convinieron, en la sección 4.2, literal a), que “*El Patrimonio Autónomo invertirá principalmente en Derechos Fiduciarios Subyacentes. 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’)*”, y adicionalmente previeron, en el literal b) de la misma sección 4.2, que “*Para la realización de los Aportes de Capital, la Fiduciaria, previa instrucción del Administrador Designado, formulará a cada uno de los Fideicomitentes Llamados de Capital con una antelación no inferior a diez (10) Días Hábiles antes de la fecha definida para el desembolso (...)*”.

Por consiguiente, el alcance de la función establecida en cabeza del Administrador Designado en el literal (b) de la sección 5.2 del referido Contrato de Fiducia de Inversión, debe ser entendido en consonancia con lo establecido, entre otras, en las diferentes estipulaciones contractuales que delimitan el “*ámbito de sus atribuciones y facultades*”, tal y como lo prevé el artículo 1622 del Código Civil, a cuyo tenor, “*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato*”.

También ha puesto de presente el Tribunal en apartes precedentes, que la incorporación de la figura del Administrador Designado en la estructura del negocio fiduciario, anunciado desde la presentación misma del proyecto a los potenciales inversionistas, tenía el valor agregado específico de contar con un experto en la gestión de inversiones inmobiliarias que fuera el encargado de “*administrar*” el Patrimonio Autónomo -así quedó estipulado en la sección 5.1 del Contrato de Fiducia de Inversión-, toda vez que el “*Proyecto*” consistía, según la definición de los propios contratantes contenida en el literal (jj) de la Sección 1.1 del mismo Contrato, en un “*desarrollo inmobiliario*” con destinación a una actividad económica específica (denominado “*Boho Food Market*”), tal como lo confirmó el representante legal de BTG Re Income:

---

<sup>118</sup> Sobre esta fecha hay coincidencia entre las partes, como se desprende de lo afirmado por cada una de ellas en sus respectivos alegatos de conclusión y lo señalado al respecto en el dictamen pericial de RMS (página 61) y de DELOITTE (página 31).

*“PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL: (...) Unas pocas preguntas para efectos de precisión, doctor Hinestrosa. Desde su conocimiento, ¿cuál es el origen y la justificación de la dualidad de funciones y de participación de BTG FIDUCIARIA y BTG RE INCOME, como concepto de negocio desde el punto de vista de cargas, de beneficios, de funcionabilidad?, ¿qué sabe usted sobre el origen y justificación de esa dualidad?”*

*CONTESTÓ: Doctor Bonivento, no sé a qué se refiere exactamente con dualidad; si me precisa para poderle responder.*

*PREGUNTADO: Un poco bajo la idea de que no siempre se presenta la figura de que habiendo un esquema fiduciario y estando la SOCIEDAD FIDUCIARIA, haya además un administrador delegado que sea una sociedad digamos pariente, por llamarlo de alguna manera, de la FIDUCIARIA. En el caso de BTG en que es evidente, en este caso por lo menos ocurre, y entiendo que ha ocurrido en otros, y por eso le pregunto desde el punto de vista conceptual si sabe usted cuál es el origen y la justificación de ese concepto.*

*CONTESTÓ: Pues doctor, le voy a dar mi interpretación personal, que espero atienda a su requerimiento. Digamos que la FIDUCIARIA como tal es una entidad llamémoslo neutral, por llamarlo de alguna manera, en función de un conocimiento específico. En el caso particular de una inversión inmobiliaria u otras inversiones de otro carácter, entonces hay algún actor que lidera, si se quiere, como ese conocimiento particular, y en el caso de la inversión inmobiliaria, es RE INCOME, y en el rol asignado de administrador designado, quien asume digamos ese liderazgo temático, si me lo permite. Posiblemente si fuera una inversión, no sé, permítame decirle en un cultivo agrícola, pues a lo mejor no sería RE INCOME sino que eventualmente se requeriría de alguien más que direccionara y acompañara a los inversionistas, diferente a la FIDUCIARIA que tiene su conocimiento y su infraestructura operativa, pero que no cuenta con un conocimiento particular sobre el activo específico”. (Destaca el Tribunal).*

En este sentido resulta conveniente precisar que si bien es cierto que de conformidad con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (numeral 2 del artículo 29), en los fideicomisos de inversión las instrucciones de colocación o inversión deben ser impartidas por el constituyente, nada obsta para que, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad privada, los fideicomitentes decidan que dicha facultad de instrucción, sin perder ellos dicha titularidad, pueda ser adelantada a través de un tercero por ellos escogido, en este caso, el Administrador Designado.

Según la cláusula 12.1 del Otrosí Integral No. 1 al Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos, los Fideicomitentes se obligaron a realizar aportes dinerarios al Patrimonio Autónomo Subyacente, correspondiéndole a Fiduciaria Alianza realizar, derivada de la instrucción respectiva del Gerente, los correspondientes llamados de capital a cada uno de los Fideicomitentes con una

antelación pactada; recibida una notificación de llamado de capital, en atención a lo dispuesto en el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, según se vio, la realización del traslado de los recursos respectivos al Patrimonio Autónomo Subyacente por parte de la Fiduciaria BTG requería de la instrucción previa de BTG Re Income como Administrador Designado.

No tiene discusión, como ya se vio, que el Contrato de Fiducia de Inversión se suscribió el 13 de diciembre de 2017, incorporando en el clausulado la figura -y designación- del Administrador Designado, quien a partir de ese momento podía y debía observar las funciones asignadas a su cargo. En tal sentido, el representante de BTG Re Income afirmó lo siguiente al absolver el interrogatorio de parte:

*“PREGUNTA # 2: Gracias. Segunda pregunta: dígame al Tribunal si entre el 13 de diciembre de 2017, fecha en la que se suscribió el contrato de fiducia para la creación del patrimonio administrado por BTG FIDUCIARIA, y el 1 de marzo de 2018, fecha en la que se suscribió el Otrosí al contrato de fiducia con ALIANZA; la sociedad que usted representa ejerció alguna función de verificación, vigilancia o auditoría en relación con el Patrimonio Autónomo administrado por ALIANZA.*

*CONTESTÓ: Digamos, voy a tratar de precisarlo frente a ese espacio de tiempo. El patrimonio administrado por ALIANZA, era un patrimonio que había sido constituido por los promotores del Proyecto Boho Market Calle 18, con anterioridad a diciembre del 17, que es la fecha que señala como la fecha en la cual se constituyó el patrimonio de inversión. Entonces en ese sentido, RE INCOME había avanzado en el análisis de ese patrimonio habiéndolo constituido con anterioridad y en forma previa a la formalización del otrosí, que tuvo lugar en el mes de marzo del 18, y que de alguna manera materializó la vinculación del fideicomiso de inversión al fideicomiso subyacente, al Patrimonio Autónomo Subyacente”.*

Así las cosas, es claro que dada la destinación específica de la inversión a ser realizada en derechos fiduciarios subyacentes que estaba asociada al proyecto “Boho Food Market”, en cumplimiento de la función establecida en el literal b) de la Sección 5.2 del Contrato de Fiducia de Inversión le correspondía a BTG Re Income, en su calidad de Administrador Designado con conocimiento especializado en inversiones inmobiliarias, adelantar, con la diligencia debida, una labor que en atención al aspecto temático denunciado por las Convocantes en la enunciación del incumplimiento, suponía verificar el estado del Patrimonio Autónomo Subyacente de manera previa a instruir a la Fiduciaria BTG con el fin de materializar el traslado de los recursos para la adquisición de los correspondiente derechos fiduciarios subyacentes.

Sobre este particular, el Tribunal estima oportuno recordar que los representantes legales de las Convocadas, al absolver los interrogatorios de parte formulados en el proceso, refirieron funciones a cargo del Administrador

Designado relacionadas con vigilar el cumplimiento de ciertas obligaciones del Gerente del proyecto, el seguimiento de la ejecución de la obra y de los porcentajes de ejecución, la revisión o control de presupuesto, el monitoreo y seguimiento de anticipos y la supervisión del plan de negocio.

Al respecto, en diferentes momentos de su intervención, la representante legal de BTG Fiduciaria, aludió a diferentes roles o funciones que estaban bajo el cuidado del Administrador Designado, deslindándolas de las suyas propias:

*“PREGUNTA # 19: Le pongo de presente, para la pregunta 19, el numeral 10.3, que hace parte de la cláusula Décima, que dice Derechos de los Fideicomitentes. Dice: “Además de los consagrados en la ley y el presente contrato, son derechos de los Fideicomitentes los siguientes. (...) 10.3 Exigir a Alianza y al Gerente, el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales a su cargo, conforme a los términos previstos en este Contrato y en la ley”. Y en el numeral 11.1, relativo a las funciones del gerente, dice lo siguiente: “Que el gerente tiene como función (...) XI. Preparar cada Proyecto del Plan Anual de Negocios conforme con los términos y condiciones previstos en el Plan Anual de Negocios, a consideración de BTG y a la Asamblea de Fideicomitentes para efectos de su aprobación”. Por favor indíqueme al Tribunal, de qué manera BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA, como fideicomitente en este contrato, verificó el cumplimiento de las funciones y obligaciones del gerente a las que acabo de hacer referencia en la lectura de las cláusulas anteriores.*

*CONTESTÓ: Pues verificamos las obligaciones del gerente con la recepción de la información que teníamos que recibir periódicamente a través de nuestro administrador designado, y el administrador designado era el que tenía el rol también como vigilar que esas obligaciones estuvieran cumpliéndose en el contrato de ALIANZA. Entonces exigimos como toda la información con respecto a rendiciones de cuentas e informaciones que tenían que entregarnos”.*

.....

*“PREGUNTA # 18: Doctora Diana, si entonces usted manifiesta que para mayo del 2019 se dieron los últimos desembolsos, ¿quiere eso decir que con eso se completaba la totalidad de los dineros del presupuesto inicial para la ejecución de la obra?*

*CONTESTÓ: Yo creo que ahí estaba el grueso de los desembolsos que necesitábamos para completar el presupuesto de la obra.*

*PREGUNTA # 19: ¿Y quiere decir que entonces a partir de mayo del 2019, la obra continuó con su ejecución de una manera normal?*

*CONTESTÓ: El seguimiento de la ejecución de la obra y de los porcentajes de ejecución, era parte del rol del administrador designado. Pero sí, nosotros nada más empezamos o nos dimos cuenta de problemas en la obra hasta agosto o septiembre del 2019.*

*PREGUNTA # 20: ¿Y qué porcentaje de la obra a hoy se ejecutó?*

*CONTESTÓ: 25%.*

*PREGUNTA # 21: ¿Qué actividades realizaron ustedes para hacer una auditoría o control en el presupuesto, como parte del Comité fiduciario, para que los dineros de los créditos y los dineros de los inversionistas fueran efectivamente utilizados en la obra? **CONTESTÓ: Ese seguimiento era responsabilidad o estaba dentro del rol del administrador designado**".*

.....

*"PREGUNTA # 9: No tengo problema en revisar, y mi interés es que la diligencia fluya, que a través de las objeciones, si es del caso y el Tribunal lo dispone, que la absolvente se retire un momento para que no se afecte como la respuesta. Pero lo que quiero preguntarle concretamente es, y la reformulo en este sentido, es si en febrero del 2019 la FIDUCIARIA conocía que había anticipos por legalizar en el Patrimonio Autónomo Subyacente por 6.752 millones de pesos.*

*CONTESTÓ: Sí, como lo respondí antes, los anticipos son normales en este tipo de productos, en este tipo de estructuras. De hecho en el 2018 también había anticipos que de hecho están en ese monto que están ahí, y fueron legalizados cerca de 7.000 millones del 2018. Entonces esto es una cosa normal, y el administrador designado, tengo entendido, hacía un seguimiento de eso, y exigía la legalización de esos anticipos".*

.....

*PREGUNTADA: Okey. Diana, yendo al proyecto propiamente constructivo, a mí me asalta una inquietud y es si dentro de la realización del proyecto se tenía establecido un flujo de caja del proyecto, un flujo de caja proyectado de cómo eran los requerimientos de capital para efectos de poder sacar adelante la obra.*

*CONTESTÓ: Sí, se tenía un plan de negocio, y este plan de negocio era supervisado y revisado por el administrador designado dentro de su rol". (Lo destacado es del Tribunal).*

El representante legal de BTG Re Income, por su parte, en el contexto temático de los anticipos y su legalización, manifestó:

*"PREGUNTA # 16: Es decir, doctor Juan Carlos, si le entiendo bien, y para precisión: BTG RE INCOME recibía mensualmente los informes del gerente*

y los informes de ALIANZA FIDUCIARIA, según lo que usted respondió a pregunta anterior. Pero según me indica, en ese momento no se conoció el tipo de movimientos que se estaba haciendo en el Patrimonio Autónomo.

*CONTESTÓ: De acuerdo. BTG RE INCOME subía los estados financieros consistentes en el PyG y el balance, y no se evaluaban los detalles digámoslo asociados como a este extracto al que usted hace referencia, y simultáneamente también recibía informes periódicos, no necesariamente mensuales, del gerente. Y recordemos que en la lógica de funcionamiento del fideicomiso, el gerente tenía la potestad de ordenar los anticipos, que con posterioridad debía legalizar ante la FIDUCIARIA, y era este el mecanismo sobre el cual BTG RE INCOME monitoreaba el desempeño de la FIDUCIARIA como administradora del fideicomiso". (Lo destacado es del Tribunal).*

Conforme se refirió antes, las Convocantes en su demanda afirman que el Administrador Designado procedió a instruir a BTG Fiduciaria para el desembolso de los aportes al Patrimonio Autónomo Subyacente ante los llamados de capital "sin verificar" los aspectos que permitieran confirmar "un buen estado de obra", entre los cuales enuncia a título de ejemplo -"entre otros"- el "cumplimiento de presupuestos" y el "estado de la obra" propiamente dicha. Al tratarse de una "negación indefinida", a voces del inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, "no requieren prueba". Correspondía, entonces, al Administrador Designado demostrar la realización oportuna de esas verificaciones como elemento de juicio necesario para efectos de instruir a la Fiduciaria BTG a realizar los aportes de inversión en el Patrimonio Autónomo Subyacente.

Sobre el particular, en su alegato de conclusión BTG Re Income afirma que para cuando el Administrador Designado, en cumplimiento de sus funciones, instruyó en dos oportunidades a BTG Fiduciaria para que efectuara llamados de capital a los Fideicomitentes -en febrero y mayo de 2018-, el proyecto no presentaba "irregularidades o señales de alarma". Más adelante agrega que BTG Re Income "analizó periódicamente la información del Proyecto que, según su prudente juicio de negocios era conducente para conocer del estado del mismo y, con base en la misma, formuló observaciones y requerimientos a Alianza. Adicionalmente, informó periódicamente a los fideicomitentes del Patrimonio Autónomo de Inversión sobre el estado del Proyecto" (página 48). En cuanto al tema de los anticipos y su legalización en particular, asevera que "Una vez se vinculó al Proyecto como fideicomitente en el Patrimonio Autónomo de Inversión, BTG Pactual Re Income solicitó a Alianza la legalización de anticipos pendientes por legalizar y la evaluación de provisiones efectuadas. Esto ocurrió luego de que el Administrador Designado analizara y detectara, de manera previa a su vinculación, dichos rubros que podían identificarse de manera agregada en los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo Subyacente", citando lo declarado por el testigo Juan Francisco Marín González al respecto y el dictamen de RSM en cuanto a las reducciones en anticipos acaecidas en el

período diciembre de 2016 y julio de 2018 debidas a “*legalizaciones efectuadas expresamente por petición de BTG Pactual Re Income*”. Y posteriormente, al referirse a la imputación específica de las Convocantes sobre la realización de los desembolsos al Fideicomiso Subyacente sin las verificaciones pertinentes sobre el estado de la obra, BTG RE INCOME afirma que de conformidad con el Contrato de Fiducia de Inversión el Administrador Designado “*No podía negarse a impartir dichas instrucciones; ello habría implicado un incumplimiento del Contrato de Fiducia de Inversión*”<sup>119</sup>.

El Tribunal no comparte el planteamiento de que una negativa del Administrador Designado a impartir las instrucciones habría supuesto, necesariamente, un incumplimiento del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, como tampoco, que los medios de prueba aludidos en el alegato final acreditan inequívocamente que de manera previa al otorgamiento de la instrucción para el traslado de recursos al Patrimonio Autónomo Subyacente en marzo 2 de 2018, en atención al primer llamado de capital efectuado, el Administrador Designado hubiese efectuado una verificación o revisión de la información requerida para evaluar el estado del Proyecto al cual quedarían asociados los derechos fiduciarios en que se materializaba la inversión.

Frente a lo primero, el Tribunal advierte que, en su parecer, el otorgamiento de la instrucción del Administrador Designado para la realización de los aportes de capital en el Patrimonio Autónomo Subyacente no puede entenderse, de ninguna manera, como una gestión meramente mecánica u operativa que debía proceder en forma automática o necesaria como respuesta al llamado de capital, pues, precisamente, como bien lo acotaron las partes en el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, esa función de instrucción abarcaba “*todas las cuestiones necesarias para realizar debidamente las actividades relacionadas con la inversión en el Patrimonio Autónomo Subyacente*” (la subraya es del Tribunal).

En cuanto a lo segundo, ninguno de los dos medios de prueba invocados por BTG Re Income en sus alegatos de conclusión, esto es, el dictamen técnico de RSM y la declaración del testigo Juan Francisco Marín González, permiten tener por acreditado que hubo de manera previa a la instrucción de traslado de los aportes de capital por el fideicomiso de inversión realizados el 2 de marzo de 2018 la verificación por parte del Administrador Designado sobre el estado del Patrimonio Autónomo Subyacente para ese momento específico.

Si bien es cierto que el dictamen pericial de RSM afirma que “*Entre diciembre de 2016 y julio de 2018 (20 meses) se había entregado como anticipos a O.I.U. \$9.113.337.676 y se presentaban reducciones de dicho anticipo por \$6.393.103.530*” (página 56), también lo es que ello no supone la prueba de que el Administrador Designado hubiese adelantado algún tipo de indagación o verificación del estado del proyecto para el momento de los aportes de marzo de

---

<sup>119</sup> Páginas 41, 48 y 49 del alegato.

2018; lo único que indica dicha manifestación pericial es el hecho de la disminución del rubro de “anticipos” durante ese período de tiempo.

Y en lo que respecta al testimonio de Juan Francisco Marín González, aunque fue reiterativo en su declaración en reseñar que para la época en que se realizaron los aportes de capital por las Convocantes a través del fideicomiso de inversión ya existían en el Patrimonio Autónomo Subyacente anticipos pendientes de legalizar, algunos de los cuales disminuyeron en un porcentaje alto posteriormente gracias a los requerimientos del Administrador Designado<sup>120</sup>, ninguna claridad ofreció a la hora de precisar cuándo llevó a cabo el Administrador Designado la revisión que le permitió advertir esas circunstancias, y menos aún, sobre lo que nada dice con ese alcance, que hubiese existido una labor o gestión de verificación adelantada por éste “dentro del ámbito de sus facultades y atribuciones”, sobre el estado del proyecto y del Patrimonio Autónomo Subyacente como insumo previo a su decisión de instruir para la realización de los primeros aportes de capital en marzo de 2018.

Como bien lo precisó el propio testigo en su declaración, su primer acercamiento en que se involucra con el negocio como funcionario, inicialmente, de BTG Pactual Sociedad Comisionista de Bolsa, fue hacia finales del mes de septiembre de 2019 y, por ende, para el momento en que el Patrimonio Autónomo de Inversión hizo los aportes al Patrimonio Autónomo Subyacente -marzo 2 de 2018- haya expresado, refiriéndose a la situación financiera de este último, que “Yo no, yo no estaba, yo no hice la revisión pero sí sé que el equipo lo hizo”. Y al ser inquirido para que precisara si esa revisión efectuada por el “equipo” del Administrador Designado, de la cual no participó, fue antes o después de haber ingresado el aporte del Patrimonio Autónomo al Patrimonio Autónomo Subyacente, contestó: “Bueno, en tiempo sí no te sabría decir, pero puedo decir que es en paralelo; el requerimiento se hizo en marzo, la vinculación fue en marzo, la legalización fue mayo, y sin duda alguna creo que tuvo que haber una revisión de esto previo a marzo para poderlo hacer en ese mes. Pero no estoy seguro, porque no me consta cuándo lo habrán hecho”<sup>121</sup>(la subraya es del Tribunal).

Nótese que además de no constarle al testigo en qué momento temporal tuvo lugar la revisión a la que alude, y de manifestar que el requerimiento de legalización de anticipos supuestamente fue en marzo y su materialización en mayo (de 2018), al contestar unas preguntas previas que le habían sido formuladas había reiterado que el primer requerimiento había sido en “mayo” - no en marzo-<sup>122</sup>, generando de nuevo vacilaciones temporales en estos aspectos

<sup>120</sup> Páginas 20, 24, 25, 27, 46, 48, 66, 71 y 84 de la transcripción de la declaración.

<sup>121</sup> Páginas 3 y 45 de la transcripción de la declaración.

<sup>122</sup> “PREGUNTADO: ¿Preguntó o requirió BTG RE INCOME o BTG FIDUCIARIA, explicación o justificación de esos anticipos al ver que aparecían por periodos tan largos de tiempo? CONTESTÓ: Sí, por supuesto. Reitero, el primero se hizo en mayo, porque vimos anticipos desde el 2016 y se hizo un requerimiento que fue atendido satisfactoriamente por el gerente, y después pasados 6 meses de esa legalización, hacia finales del 2018, empezaron a haber requerimientos verbales y escritos, tanto a la FIDUCIARIA como a OIU de hacer legalizaciones”. (Página 27).

a su declaración. Confusión similar se advierte en lo manifestado por la representante legal de la Fiduciaria BTG cuando al absolver el interrogatorio de parte a ella formulado y ser indagada sobre la legalización de los anticipos, haya manifestado que *“Sí, tengo entendido, esta fue una revisión que se hizo a través del administrador designado y él fue quien exigió las legalizaciones. Pero tengo entendido que sí se hicieron antes de la firma del otrosí”*<sup>123</sup>. Como lo evidencia con claridad el dictamen pericial de RSM<sup>124</sup>, no controvertido en ese punto por el peritazgo de Deloitte, las legalizaciones de anticipos que condujeron a la reducción del saldo de la cuenta de *“deterioro o provisiones”* tuvieron lugar con posterioridad a marzo de 2018, y no antes de dicha fecha como equivocadamente entendió que había sucedido la representante legal de la Fiduciaria Convocada.

Por consiguiente, aunque BTG Re Income en sus alegaciones finales asevera que analizó y detectó, de manera previa a su vinculación, la existencia de anticipos sin legalizar, es una afirmación carente de prueba inequívoca en el proceso, siendo claro, por lo demás, como ya se dijo, que las responsabilidades contractuales de aquél iban más allá de la revisión de este aspecto puntual del quehacer negocial.

Valga agregar al respecto que dicha prueba no puede fundarse, tampoco, a partir de lo manifestado por la firma Deloitte en su dictamen sobre el particular, de donde parece fincarse la afirmación del Administrador Designado expresada en su alegato. Según el perito<sup>125</sup>, *“Posterior a la vinculación de BTG Re Income, éste en el marco de sus facultades como administrador designado, y habiendo detectado de manera previa a su vinculación anticipos pendientes por legalizar que podían identificarse de manera agregada en los Estados Financieros, solicita la realización de las legalizaciones correspondientes y a las que hubiera lugar de acuerdo con la realidad del proyecto”*. En opinión del Tribunal, si el Administrador Designado, previa a su vinculación, en efecto detectó e identificó anticipos pendientes de legalización, es una cuestión de hecho que escapa a cualquier consideración y pronunciamiento de índole técnica, y cuya prueba, por tanto, no se puede derivar de la manifestación de un perito al respecto.

Adicional a lo anterior, resulta significativo y dicente lo manifestado por el representante legal de BTG Re Income, que contrasta con las afirmaciones plasmadas en el alegato final sobre esta temática y lo declarado por el testigo Marín González sobre el particular; dijo en distintos momentos de su declaración:

*“PREGUNTA # 11: Perfecto. Dígame al Tribunal si BTG RE INCOME, como administrador designado, para la fecha de suscripción del otrosí con ALIANZA, el 1 de marzo de 2018, exigió que se legalizaran estos anticipos a contratos y proveedores, según este estado financiero del mes de febrero.”*

---

<sup>123</sup> Páginas 14 de la transcripción de la declaración.

<sup>124</sup> Páginas 77 y 78 del dictamen.

<sup>125</sup> Página 16 del dictamen.

**CONTESTÓ:** No, no hubo una exigencia específica sobre el particular, porque era un proyecto que venía digamos en curso desde el año 2017.

*PREGUNTA # 12: Muy bien. Le quiero preguntar por lo siguiente: unos renglones más abajo, en la cuenta 1698, aparece lo siguiente en el estado financiero: Como saldo inicial de: “DETERIORO (PROVISIONES) OTRAS CUENTAS POR COBRAR”. La cifra es menos – \$3.111.692.487. En débito aparece 0, en crédito aparece 0, y el saldo final de ese deterioro, en el saldo final aparece la misma cifra que le acabo de mencionar. Dígale al Tribunal si BTG RE INCOME sabe o conoce el detalle de este deterioro de otras cuentas por cobrar, que existía – según este estado financiero – al 28 de febrero de 2018.*

**CONTESTÓ:** No señor”. (Resalta el Tribunal).

....

*“[...] PREGUNTADO: Que si detectaron unos anticipos que no tenían soporte o justificación.*

**CONTESTÓ:** No señora.

*PREGUNTA # 11: ¿Mandaron ustedes alguna comunicación referente a anticipos a ALIANZA FIDUCIARIA para cuestionarlos?*

**CONTESTÓ:** Sobre esos estados financieros de febrero del 2018; no”. (Resalta el Tribunal).

Y referido de manera más amplia, no al tema específico de los anticipos sin legalizar, sino en general a las labores de verificación, vigilancia o auditoría por parte de BTG Re Income adelantadas por ésta sobre el Patrimonio Autónomo Subyacente entre el período comprendido entre la suscripción del Contrato de Fiducia de Inversión y la suscripción del Otrosí Integral No. 1 (que coincide, con diferencia de un día, con la fecha de los primeros aportes realizados después de su celebración), el representante legal del Administrador Designado, manifestó:

*“PREGUNTA # 2: Gracias. Segunda pregunta: dígale al Tribunal si entre el 13 de diciembre de 2017, fecha en la que se suscribió el contrato de fiducia para la creación del patrimonio administrado por BTG FIDUCIARIA, y el 1 de marzo de 2018, fecha en la que se suscribió el Otrosí al contrato de fiducia con ALIANZA; la sociedad que usted representa ejerció alguna función de verificación, vigilancia o auditoría en relación con el Patrimonio Autónomo administrado por ALIANZA.*

**CONTESTÓ:** *Digamos, voy a tratar de precisarlo frente a ese espacio de tiempo. El patrimonio administrado por ALIANZA, era un patrimonio que había sido constituido por los promotores del Proyecto Boho Market Calle 18, con anterioridad a diciembre del 17, que es la fecha que señala como la*

*fecha en la cual se constituyó el patrimonio de inversión. Entonces en ese sentido, RE INCOME había avanzado en el análisis de ese patrimonio habiéndolo constituido con anterioridad y en forma previa a la formalización del otrosí, que tuvo lugar en el mes de marzo del 18, y que de alguna manera materializó la vinculación del fideicomiso de inversión al fideicomiso subyacente, al Patrimonio Autónomo Subyacente.*

*PREGUNTADO: Discúlpeme Presidente, y doctor Juan Carlos; entiendo que usted tiene clara la fecha, pero la pregunta concreta es si ejerció alguna función de verificación, vigilancia o auditoría en ese período.*

*CONTESTÓ: Vigilancia o auditoría, no". (Destaca el Tribunal).*

Se aprecia que más allá de afirmar el representante legal de BTG Re Income que con anterioridad a la suscripción del Otrosí Integral No. 1 que materializó la vinculación del Fideicomiso de Inversión al Patrimonio Autónomo Subyacente, el Administrador Designado “*había avanzado en el análisis de ese patrimonio*”, nada precisa sobre cuál fue el análisis que se llevó a cabo y su resultado, como tampoco, y esto es lo más relevante, que se haya efectuado alguno para efectos de dar la instrucción de traslado de recursos de un patrimonio autónomo al otro conforme a los llamados de capital recibidos. Tampoco aparece mención alguna en esta materia en los Informes de Actualización preparados por “BTG” con cortes a la época relevante<sup>126</sup>.

Desde luego que, dado el momento temporal en que se materializaron los traslados de recursos por parte del Fideicomiso de Inversión al Patrimonio Autónomo Subyacente correspondiente al primer llamado de capital, casi que coetáneamente a la suscripción del Otrosí Integral No. 1 al Contrato de Fiducia de Administración y Pagos de fecha marzo 1 de 2018, la fuente de información sobre el estado del “Fideicomiso Boho Market Calle 18” y del proyecto al cual estaba atado no podía provenir como consecuencia del cumplimiento de las diferentes obligaciones de suministro de información contenidas en el citado escrito de modificación integral, lo cual, vista la situación con criterio de razonabilidad, no era óbice para que en su calidad de Administrador Designado desde el 13 de diciembre de 2017 pudiera tener acceso a ella de manos del vocero de dicho patrimonio autónomo (Fiduciaria Alianza) como consecuencia de una solicitud o requerimiento en ese sentido con miras a adelantar las valoraciones pertinentes para instruir sobre la vinculación del Fideicomiso de Inversión al Patrimonio Autónomo Subyacente y la realización de los aportes de capital subsecuentes, sobre lo cual no hay prueba en el expediente de que ello haya sucedido.

En síntesis, el Tribunal estima razonable concluir que BTG Re Income incurrió en incumplimiento respecto de la función atribuida en su calidad de

<sup>126</sup> Con la contestación de la demanda de BTG Re Income se aportaron “Informes de Actualización” con corte a mayo y junio de 2018.

Administrador Designado en el literal (b) de la sección 5.2 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión en relación con los primeros llamados de capital que se materializaron con el ingreso de los recursos al Patrimonio Autónomo Subyacente el 2 de marzo de 2018, al no haberse acreditado que hubo un análisis y verificación del estado de dicho Patrimonio Autónomo previo al otorgamiento de la instrucción respectiva para el traslado de dichos aportes.

Y dos reflexiones adicionales debe hacer el Tribunal en derredor del asunto examinado.

La primera, para señalar que si en gracia de discusión se asumiera que BTG Re Income hizo en su momento el análisis y verificación del estado del Patrimonio Autónomo Subyacente -lo que no demostró cabalmente, como acaba de explicarse-, previo al otorgamiento de la instrucción respectiva a BTG Fiduciaria para la atención de los primeros llamados de capital, el conocimiento de la situación que ello comportaba en punto a la existencia de anticipos sin legalizar y su impacto negativo en los estados financieros del referido Fideicomiso, actuaría como relevante parámetro de valoración de su conducta posterior en cuanto razonablemente constituía señal de alerta que sugería a futuro, para efectos de un proceder diligente, un seguimiento con nivel adecuado de cercanía a la evolución y desarrollo de tal modalidad de ejecución -la misma que está en el centro de los infortunados sucesos que condujeron a la parálisis del proyecto-, seguimiento que con el perfil anotado, como quedó dicho, ciertamente no ocurrió.

Y la segunda, para anotar que el incumplimiento que a juicio del Tribunal se ha configurado en relación con la función específica examinada en este apartado de la providencia, si bien es sin duda relevante en la valoración integral de la conducta de BTG Re Income -y de BTG Fiduciaria en lo de su resorte, como en su oportunidad se dijo-, de cara a la responsabilidad imputada, no constituye un hecho por sí solo generador inexorable del daño patrimonial reclamado en la demanda, pues también con criterio de razonabilidad puede decirse que de haber mediado el análisis y verificación que se echan de menos, ello seguramente hubiera conducido a indagaciones y ajustes, no a que se hubiere abortado, sin más consideraciones, la participación del Fideicomiso de Inversión en el Patrimonio Autónomo Subyacente, todo lo cual ha de tener relevancia en la consideración del nexo causal como requisito de estructuración de la responsabilidad civil contractual.

#### **2.5.2.3.1.2. Instruir a la Fiduciaria por escrito sobre los contratos que sea necesario que el Patrimonio Autónomo suscriba.**

##### a. Posición de las Convocantes.

En el literal c) del numeral 23 de los hechos de la demanda se afirma que en consonancia con los acuerdos firmados se tiene como muestra evidente de mala

fe el hecho de que BTG Re Income hubiese instruido a la Fiduciaria BTG a suscribir el Contrato de Fiducia de Administración y Pagos con Alianza Fiduciaria a sabiendas que de el Administrador Designado tenía acreencias por más de \$3.000.000.000, yendo en contravía de los deberes de información y transparencia, y perjudicando a los Fideicomitentes del Patrimonio Autónomo de Inversión, que desconocían tales condiciones.

En el alegato de las Convocantes, aunque hay plurales alusiones a los créditos otorgados por parte de BTG Re Income al Patrimonio Autónomo Subyacente, ninguna referencia específica relevante advierte el Tribunal a esta función de instrucción en particular y su eventual incumplimiento.

b. Posición de las Convocadas.

En cuanto a los hechos, BTG Fiduciaria, como ya se señaló, afirma en su escrito de contestación de la demanda no constarle que el Administrador Designado haya incurrido en ninguno de los incumplimientos contractuales que se le atribuyen, y en cuanto a los recursos del Patrimonio Autónomo de Inversión, recalca que fueron destinados por la Fiduciaria BTG, como vocera de dicho Patrimonio Autónomo, a la adquisición de derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo Subyacente, previa instrucción del Administrador Designado, de conformidad con lo dispuesto al respecto en el Contrato de Fiducia de Inversión; niega que dicha instrucción tuviera como motivación el pago de los llamados créditos puente otorgados por BTG Re Income.

Para la Convocada BTG Re Income, no existió mala fe suya al instruir a la Fiduciaria BTG para suscribir el Contrato de Fiducia del Patrimonio Autónomo Subyacente a sabiendas de que el Administrador Designado tenía acreencias con éste y se remite a las explicaciones efectuadas en acápite anterior del escrito de contestación sobre la razón de ser de los referidos créditos puente otorgados al Patrimonio Autónomo Subyacente. En este sentido, el Administrador Designado reconoce que celebró contratos de mutuo con Alianza Fiduciaria que ascendieron a \$3.000.000.000, pero aclara que se trató de “*créditos puente*” que se realizaron para el proyecto con el fin de permitir que el mismo avanzara mientras se formalizaba la vinculación de los Fideicomitentes, y que aparecen debidamente revelados en el Contrato de Fiducia del Patrimonio Autónomo Subyacente (secciones 1.24, 5.4, 5.5, 5.9, 5.10, 5.11 y 5.12). Como ya se reseñó, BTG Re Income propone la excepción de mérito consistente en el “CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – DILIGENCIA Y CUIDADO” en la que arguye que cumplió de manera oportuna las obligaciones, funciones y deberes establecidos a su cargo como Administrador Designado en el Contrato de Fiducia de Inversión.

En el alegato final, al igual que en el caso de las Convocantes, las Convocadas se refieren en varios pasajes a los créditos puente desembolsados por parte del Administrador Designado, pero sin hacer alusiones directas relevantes al

supuesto incumplimiento de la función de instruir sobre la celebración de contratos.

c. Consideraciones del Tribunal.

Dentro de las funciones asignadas a BTG Re Income como Administrador Designado en el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, en el literal c) de la sección 5.2 se hace constar la de “(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*”.

Por tanto, esta función específica de BTG Re Income dentro del ámbito de sus atribuciones como “administrador del Patrimonio Autónomo” -sección 5.1 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión-, abarca, como se desprende de lo convenido por las partes, la de dar instrucciones a BTG Fiduciaria acerca de la suscripción de contratos que resulten necesarios para el “Patrimonio Autónomo Derechos Boho Market Calle 18”, haciéndose extensiva dicha función de instrucción a aspectos concernientes a la modificación, adición, terminación o liquidación de contratos ya celebrados.

No se trata, al igual que en los casos de las funciones anteriormente referidas, de la delegación al Administrador Designado de un deber que por ley le esté atribuido de manera indelegable al fiduciario (artículo 1234 del Código de Comercio), toda vez que no supone la entrega por parte de aquél a éste de ninguna capacidad de decisión sobre la gestión fiduciaria, ni implica ningún tipo de sustitución del ente fiduciario como obligado frente a los deberes a su cargo.

Ahora bien, frente al incumplimiento específico invocado por las Convocantes en su demanda respecto de esta función en particular que, según se indicó, lo hace consistir en que BTG Re Income hubiese instruido a BTG Fiduciaria a suscribir el Contrato de Fiducia de Administración y Pagos con Alianza Fiduciaria a sabiendas de que el Administrador Designado tenía acreencias -créditos puente- por más de \$3.000.000.000, se estima relevante resaltar las consideraciones centrales que se exponen en los renglones siguientes.

No existe duda alguna acerca de la necesidad, para efectos de la consecución de la finalidad perseguida en el Contrato de Fiducia de Inversión, de la celebración del Contrato de Fiducia de Administración y Pagos subyacente con Alianza Fiduciaria y de su Otrosí Integral No.1. Con absoluta claridad, en la Consideración Segunda del citado Otrosí se hace constar “*Que el Fideicomiso Boho Market Calle 18 se estructuró con el ánimo de servir como vehículo para desarrollar y operar el Proyecto denominado ‘Boho Food Market’, el cual consiste en la construcción, desarrollo y operación de un edificio concebido para brindar al público un modelo de oferta gastronómica variada e innovadora*”. Se trata, como se ha señalado, de contratos coligados entre sí para la obtención de una finalidad práctica común. Por consiguiente, haber instruido BTG Re Income

a BTG Fiduciaria para suscribir el Contrato de Fiducia que da vida al Patrimonio Autónomo Subyacente lo que denota, en principio, es el cumplimiento de la función fijada contractualmente en el literal c) de la Sección 5.2 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión.

Por supuesto, no cabe predicar ningún incumplimiento del Administrador Designado frente a la función de instrucción en comento respecto a la suscripción inicial del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración celebrado por Alianza Fiduciaria con las sociedades OIU y ADAR PARTNERS como fideicomitentes originales, de fecha 7 de septiembre de 2016, pues no se trató éste de un contrato suscrito por el “PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET CALLE 18” y, por lo mismo, no estaba cobijado por la función establecida en cabeza de BTG RE INCOME en el literal c) de la sección 5.2 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión de 13 de diciembre de 2017 que, como se indicó, se refiere a “*contratos que sea necesario que el Patrimonio Autónomo suscriba*”.

Tampoco se avizora un incumplimiento del Administrador Designado de la función contractual en comento al haber instruido a BTG Fiduciaria, como vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión, para la suscripción del Otrosí Integral No.1 al Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos, de fecha 1º de marzo de 2018, mediando la existencia de unos créditos a cargo del Patrimonio Autónomo Subyacente para con BTG Re Income, derivados de unos contratos de mutuo celebrados por valor de 3.000'000.000, toda vez que: (i) los cuatro créditos fueron contratados con BTG Re Income con anterioridad a la suscripción del Contrato de Fiducia de Inversión de 13 de diciembre de 2017 y del Otrosí Integral No.1 al Contrato de Fiducia de Administración y Pagos de fecha 1 de marzo de 2018, tal como se desprende de lo señalado, tanto en el dictamen pericial de RSM<sup>127</sup>, como en el peritazgo de Deloitte<sup>128</sup>; (ii) quedó demostrado que las Convocantes, además de sus propias experiencias en materia de inversión, contaron con acompañamiento y asesoría profesional para efectos de la decisión de vincularse al proyecto como inversionistas, lo que incluyó la revisión de los textos contractuales fiduciarios, respecto de lo cual, en la Consideración No. 7 del mencionado Otrosí Integral No.1 se hace constar “*Que BTG FIDUCIARIA S.A., ha puesto en conocimiento de los inversionistas del FIDEICOMISO PA CLIENTES BTG el presente contrato...*”, y obran en el proceso declaraciones ilustrativas en ese sentido como -citando apenas un par- las de Nicolás

---

<sup>127</sup> Página 65.

<sup>128</sup> Página 32.

Piedrahita<sup>129</sup> y María Carolina Uribe<sup>130</sup>; (iii) desde la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, los inversionistas, como Fideicomitentes, reconocieron que BTG Re Income era una entidad vinculada a la Fiduciaria BTG y que podía actuar en calidad de Administrador Designado y/o podría tener la calidad de Beneficiario del Contrato (Sección 7.3. Conflictos de interés); (iv) en el Otrosí Integral No. 1 se deja expresa constancia de los “Créditos BTG”, que son definidos (numeral 1.24 de la Cláusula Primera) como “*los créditos otorgados por BTG RE a favor del Fideicomiso, los cuales constan en los contratos de créditos suscritos entre BTG RE y el Fideicomiso el veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017), el catorce (14) de junio de diecisiete (2017) y el once (11) de agosto de dos mil diecisiete (2017). Copia de los contratos de los Créditos BTG se incluye en el presente Contrato como Anexo 6.*”, sin que se advierta prueba recaudada en el proceso de que tal circunstancia hubiese sido objeto de reparo o cuestionamiento relevante proveniente de los inversionistas; (v) quedó demostrado en el proceso, igualmente, que dichos préstamos fungieron como “créditos puente” para satisfacer temporalmente necesidades de liquidez del proyecto, a tasas especiales, incluido lo relativo al pago de una parte del

<sup>129</sup> Nicolás Piedrahita, gerente en su momento del Family Office, al que está vinculada la sociedad convocante Courcelles, al ser preguntado acerca de “...usted qué recuerda de la interacción con Uribe Henao en cuanto a los documentos contractuales y a su vez con algún representante de BTG, si es que hubo algún cruce de comunicaciones, solicitudes; alguna observación que se hubiera hecho en relación con los textos de los contratos?”, contestó: “Sí, aquí cabe anotar que yo para prepararme, porque es muy difícil acordarse de todos los detalles de este negocio; le solicité específicamente a la sociedad COURCELLES que me diera como algunos correos intercambiados con estos para poder prepararme para esta diligencia, y pues también pongo a disposición esos correos, si es necesario. Efectivamente, hubo varias conversaciones cruzadas entre nosotros, COURCELLES y Uribe Henao y BTG, en los cuales nosotros solicitamos información distinta del patrimonio autónomo, del fideicomiso de inversión, del fideicomiso de desarrollo, específicamente; se compartieron el contrato, los contratos de ambos fideicomisos, y algunos anexos a los contratos también fueron compartidos, pero inclusive revisando la información, no todos los anexos fueron compartidos, no en su totalidad. Preguntado, después, acerca de si “¿Usted recuerda si se hicieron algunas observaciones desde el punto de vista jurídico, y si todas esas observaciones fueron atendidas por BTG?”, contestó: “Sí, yo recuerdo, hubo algunas observaciones específicamente en el tema como de la responsabilidad de COURCELLES, y recuerdo muy bien, o sea, o más bien en lo que recuerdo, que a esas observaciones BTG contestó de forma oportuna y dijo que esta es la estructura en la que se está planeando el negocio, y bueno, nosotros seguimos adelante con el negocio, de lo que recuerdo”. (Resalta el Tribunal).

<sup>130</sup> En el mismo sentido, la testigo María Carolina Uribe, socia de Uribe Henao y asesora jurídica de Courcelles, declaró: **“PREGUNTADO:** ¿Pudiera usted indicarle a este Despacho qué conoció usted de manera personal y directa acerca de ese contrato de fiducia, su estructuración y la ejecución del mismo? **CONTESTÓ:** Sí, claro. A ver, en el segundo semestre del año 2017, el doctor Gonzalo Restrepo fue invitado a participar en este proyecto, como una invitación muy exclusiva; eso lo manejaba en ese momento Nicolás Piedrahita y tal vez directamente el doctor Gonzalo. La participación mía estuvo encaminada a revisar los documentos que le fueron enviados a Nicolás, particularmente esta estructura de tener un Patrimonio Autónomo de inversión, que luego tendría los derechos fiduciarios en otro Patrimonio Autónomo Subyacente, que sería un Patrimonio Autónomo de administración y pagos (...) También en su momento nos mostraron una presentación que tenía BTG, con la cual vendía digamos el proyecto; esa presentación tenía un capítulo sobre la estructura legal, y con base en esa presentación tuvimos un entendimiento inicial del negocio, porque era una estructuración donde estaban vinculados estos dos Patrimonios Autónomos. Se nos dijo que la idea era que hubiera un primer Patrimonio, muy vinculado a BTG, que eran unos clientes muy VIP de BTG, y que a través de este vehículo, se invertiría digamos en el Patrimonio Subyacente. **Nosotros tuvimos ocasión de revisar esa presentación, de revisar los contratos; dimos algunas de nuestras observaciones, y con ocasión de esas observaciones se hicieron algunos cambios en los contratos, y ya, se procedió con la inversión. (...)** **PREGUNTADA:** Gracias, doctora. ¿Cuáles abogados de la firma Uribe Henao participaron en la asesoría a COURCELLES? **CONTESTÓ:** Participó, si no estoy mal, Katherine Jiménez, otra abogada de aquí del equipo, y yo. **PREGUNTADA:** Okey. ¿Y la participación de la abogada Katherine Jiménez en qué consistió, si nos puede contar? **CONTESTÓ:** Sí, consistió en la revisión de la minuta del contrato de fiducia de inversión; en la revisión también de la presentación que en su momento remitió BTG; y en la revisión de la minuta preliminar que también nos fue facilitada el Fideicomiso Subyacente”. (Resalta el Tribunal).

precio del lote<sup>131</sup>, mientras ingresaban los aportes de capital de los inversionistas, respecto de lo cual ilustran las declaraciones de varios testigos, uno de ellos María Clara Ojalvo, quien al respecto expresó:

*“PREGUNTADA: ¿Qué nos puede contar sobre los plazos, dinámica, intereses de esos créditos?”*

*CONTESTÓ: Bueno, como estos contratos se hicieron o eran créditos puente, se hicieron todos con un periodo inicial máximo de 2 meses. Tenía una tasa a la DTF, que eso no es una tasa normalmente del mercado, o sea, está muy por debajo de lo que normalmente estaría una deuda para este tipo de proyectos, y se hicieron a corto plazo. Los créditos se tuvieron que prorrogar a través de varios otrosíes, hasta el 31 de marzo de 2018, porque no habíamos podido conseguir los flujos, o no habíamos podido vincular a los inversionistas todavía al proyecto. Entonces se fueron prorrogando la fecha de los contratos, hasta poder hacer coincidir con la entrada de equity de los inversionistas.*

*PREGUNTADA: ¿Y usted sabe si efectivamente esos 3.000 millones de pesos se desembolsaron por parte de RE INCOME al proyecto?”*

*CONTESTÓ: Sí, se desembolsaron al Patrimonio Autónomo de ALIANZA.*

*PREGUNTADA: ¿Y usted sabe si en alguno de los documentos del proyecto aparecían mencionados estos créditos? CONTESTÓ: Esos créditos están mencionados en el otrosí integral que tenemos del Patrimonio Autónomo de ALIANZA”.*

Por consiguiente, se estima razonable concluir que el Administrador Designado no incurrió en el incumplimiento imputado respecto de la función atribuida a su cargo en el literal c) de la sección 5.2 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión al haber instruido a BTG Fiduciaria a suscribir el Otrosí Integral No. 1 al Contrato de Fiducia de Administración y Pagos con Alianza Fiduciaria a sabiendas de la existencia de unos créditos a su favor pendientes de pago<sup>132</sup>.

### **2.5.2.3.1.3. Dar instrucciones a la Fiduciaria sobre el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo.**

#### **a. Posición de las Convocantes.**

En cuanto a los hechos relacionados con el incumplimiento que en este aparte de la providencia se examina, en el numeral 22., como antes se ha reseñado, se

<sup>131</sup> Lo anterior se desprende de lo señalado en el dictamen pericial de RMS (página 70) y en el de contradicción de DELOITTE (página 23)

<sup>132</sup> Tema diferente es el relativo a la imputación efectuada por las Convocantes derivada del que consideran “pago anticipado” que de dichos créditos, que admitiría consideraciones también diferentes, si se estimare relevante.

afirma que *“El Administrador Designado inobservó de manera grave sus obligaciones contractuales, no realizó ninguna gestión, vigilancia, inspección o cualquier tipo de diligencia oportuna para defender los derechos de los Fideicomitentes”*, y en el numeral 23, que muestra una relación de las funciones del Administrador Designado según el Contrato con el señalamiento del respectivo incumplimiento, se menciona la de *“(d) Dar instrucciones a la Fiduciaria sobre el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo”*, indicando, ya para concretar el incumplimiento que se reclama, que *“No se tiene constancia de un manejo de los recursos diferente al desembolso casi inmediato al fideicomiso subyacente de los recursos girados por cada fideicomitente, sin verificar estados de obra, cumplimiento de presupuestos, informe de interventoría y cualquier otra condición que pudiese acreditar la diligencia y cuidado del administrador de los recursos”*, enunciado que se refiere a una especie de deber de verificación asociado a algunas variables concretas -estado de obra, cumplimiento de presupuestos e informe de interventoría- y a una más amplia, expresada como *“cualquier otra condición que pudiese acreditar la diligencia y cuidado del administrador de los recursos”*.

En el alegato final de las Convocantes se incluyen los varios argumentos que, partiendo de la mención de que el Administrador Designado ejerce funciones desde la fecha de celebración del Contrato de Fiducia de Inversión, 13 de diciembre de 2017, comprenden aspectos como el relativo a que *“1.1. Las convocadas no se aseguraron de que el Patrimonio Autónomo Subyacente, al momento de recibir los recursos aportados por los inversionistas a quienes representaban, tuviera una situación financiera y contable sana y consistente con la realidad del negocio”*, cuestión que involucra la situación ya mencionada con anterioridad sobre lo que mostraban la contabilidad y los estados financieros del Fideicomiso Subyacente en materia de anticipos sin legalizar, de lo que derivan conclusiones en el sentido de no manejo adecuado de los recursos de los inversionistas. También alegan que *“1.2. Las Convocadas nada hicieron para evitar que el gerente desviara los recursos, a pesar de que tenían todas herramientas y la información para precaver el fraude”* y en este contexto hacen énfasis en las declaraciones de los representantes legales de BTG Fiduciaria y de BTG Re Income en las que manifiestan que sólo conocieron las irregularidades del Patrimonio Autónomo Subyacente cuando ocurrió la parálisis del proyecto (agosto de 2019), sin información ni herramientas para detectarlas, siendo que sí existían tales información y herramientas (estados financieros del Fideicomiso e informes de la Gerencia)<sup>133</sup>.

#### b. Posición de las Convocadas.

BTG Fiduciaria en su escrito de contestación, frente a lo afirmado en los reseñados numerales 22. y 23., en la línea de defensa que se ha mostrado en apartes anteriores, sostiene que *“(…) no le consta que RE INCOME haya incurrido en los incumplimientos de sus obligaciones contractuales que se le*

<sup>133</sup> Páginas 35, 42 a 45 y 45 a 48 del alegato.

*atribuyen en este numeral”, y que “(...) los recursos del Patrimonio Autónomo de Inversión fueron destinados por mi representada, como vocera de dicho patrimonio autónomo, a la inversión en derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo Subyacente, previa instrucción del Administrador Designado, de conformidad con lo dispuesto al respecto en el Contrato de Fiducia de Inversión”, sin que sea cierto que dicha instrucción tuviera como motivación el pago de los créditos puente otorgados por BTG Re Income al Patrimonio Autónomo Subyacente.*

BTG Re Income sostiene, frente a lo afirmado en el numeral 22., que *“No es cierto que a RE INCOME le correspondiera realizar una gestión de supervisión del ‘día a día’ del desarrollo del Proyecto. RE INCOME no era el administrador, gerente, constructor, interventor o auditor del Proyecto y no tenía a su cargo el rol que pretenden atribuirle los demandantes”*; y de cara a lo afirmado en el numeral 23., que *“Respecto de las funciones a cargo del Administrador Designado me atengo a lo consignado en la Sección 5.2 del Contrato de Fiducia de Inversión”,* indicando, en relación con el incumplimiento descrito en el literal (d), que *“El Administrador Designado cumplió a cabalidad con su obligación al haber instruido a BTG PACTUAL FIDUCIARIA para que en su calidad de administradora y vocera del Patrimonio Autónomo de Inversión procediera a transferir al Patrimonio Autónomo Subyacente los recursos de capital comprometidos para el desarrollo del Proyecto”,* el cual *“contaba con la vocería y administración de Alianza, con la gerencia de OIU, con un contrato de construcción y la interventoría técnica por parte de la firma especializada DINPRO”*. Afirma que *“Tampoco ha sido función del Administrador Designado administrar el Patrimonio Autónomo Subyacente, construir, desarrollar o gerenciar la obra o actuar como interventor o auditor de la misma”*.

Con ocasión de la presentación de los alegatos de conclusión, BTG Fiduciaria hace referencia expresa a que la gestión de Alianza no fue diligente, sino culposa o negligente; advierte que, junto con el Administrador Designado, sólo conocieron la información detallada acerca de órdenes de giro y desembolsos de recursos después de la parálisis del proyecto, en agosto de 2019; y aduce que durante la ejecución del proyecto, recibían rendiciones de cuentas semestrales con información que describe, referida a estados financieros a nivel de balance general, sin detalle de órdenes de giro, ni desembolsos<sup>134</sup>.

La Fiduciaria convocada menciona expresamente que cuando se adquirieron los derechos fiduciarios en el Patrimonio Autónomo Subyacente, *“no conocía evidencia de irregularidades en el manejo de los recursos (...)”*; confronta a las Convocantes en cuanto pretenden tratar el Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, típico fideicomiso de esa estirpe -inversión-, como una fiducia de administración y pagos o como fiducia inmobiliaria; y trata en forma expresa la cuestión asociada a *“los riesgos inherentes a la inversión (...)”*, a cargo de los

---

<sup>134</sup> Páginas 39, 42 y 47 del alegato.

Fideicomitentes, con mención de lo estipulado en la sección 7.1. del Contrato, que menciona los riesgos de “contraparte” y de “desarrollo”<sup>135</sup>.

BTG Re Income, por su lado, destaca ampliamente el perfil de las sociedades Demandantes; hace una descripción general de “Fideicomisos, Actores y Roles”, que incluye la referencia a las remuneraciones pactadas para las sociedades BTG y para Alianza; y advierte, con cita de doctrina, sobre el tema de la apreciación *a priori* y no *ex post* que debe realizar el operador judicial respecto de la conducta de las demandadas<sup>136</sup>.

Alude al cumplimiento de la obligación de instruir a BTG Fiduciaria sobre cuestiones necesarias para realizar las actividades relacionadas con la inversión en el Patrimonio Autónomo Subyacente, mencionando la instrucción relativa a que hiciera llamados de capital en febrero y mayo de 2018, fechas para las cuales “*el Proyecto no presentaba irregularidades o señales de alarma*”; se refiere al dicho del perito Crearcimientos sobre la etapa inmediatamente anterior a la vinculación de las compañías BTG al proyecto, incluida la iliquidez del Patrimonio Autónomo Subyacente; y aduce que con el dictamen de contradicción de Deloitte quedó acreditado que para la época mencionada en la demanda y en el dictamen de Crearcimientos “*no existían señales de alarma ni indicios de irregularidades en el Proyecto*”<sup>137</sup>.

Hablando de “LA CAUSA DE LA CRISIS DEL PROYECTO”, afirma: “*En el proceso quedó acreditado que la crisis que causó la parálisis del Proyecto provino de actuaciones dolosas por parte de OIU, gerente del Proyecto, que no fueron advertidas por Alianza, como vocera y administradora del PAS. De conformidad con lo anterior, se materializaron riesgos en el proyecto que fueron advertidos a los fideicomitentes en el PA de Inversión y aceptados por éstos*” (página 79), lo que luego repite indicando, además, que “*La crisis del proyecto no es imputable a ninguna acción u omisión culposa por parte de BTG Pactual Re Income, Así las cosas, los daños reclamados por la parte convocante no tienen relación de causalidad con un supuesto incumplimiento de las funciones de mi representada, previstas en el Contrato de Fiducia de Inversión*” (página 89), y hace referencia a la “*materialización de riesgos contractuales asumidos por los convocantes*”, en términos similares a lo esgrimido por BTG FIDUCIARIA<sup>138</sup>.

### c. Consideraciones del Tribunal.

El recuento efectuado en torno al incumplimiento de que trata este aparte del análisis sirve para advertir que el supuesto fáctico esgrimido como base de la reclamación queda en buena medida subsumido -por decirlo de alguna manera- en el planteamiento abordado al tratar, en páginas precedentes, el incumplimiento relacionado con la función de instruir a la Fiduciaria sobre todas las cuestiones

<sup>135</sup> Páginas 52, 53 y 92 y ss del alegato.

<sup>136</sup> Páginas 7 a 17, 18 y ss, 26 y 40 del alegato.

<sup>137</sup> Páginas 41 y 49 del alegato.

<sup>138</sup> Páginas 89 a 92 del alegato.

necesarias para realizar debidamente las actividades relacionadas con la inversión en el Patrimonio Autónomo Subyacente, el cual a su vez remite a las consideraciones efectuadas cuando el Tribunal examinó el incumplimiento de “*Falta de gestión, control y vigilancia debida*” que en la demanda arbitral se imputa tanto a BTG Fiduciaria como a BTG Re Income.

En este orden de ideas, sin que sea necesario repetir ahora lo ya dicho sobre el particular, basta con indicar que las apreciaciones vertidas por el Tribunal en los referidos acápites aplican al presente y la conclusión de incumplimiento es por supuesto la misma. Simplemente, se agregarán algunos comentarios puntuales en relación con apartes específicos de la prueba pericial, concernientes al tópico particular que en este momento ocupa la atención, que van en la misma línea de sustentar la configuración de los incumplimientos que se han establecido a lo largo del presente acápite de la providencia:

- En el dictamen pericial contable y financiero elaborado por RSM, aportado por las Convocantes, se encuentra: (i) Un cuadro con anticipos efectuados durante el desarrollo del proyecto desde diciembre 23 de 2016 hasta noviembre de 2017 -los siguientes son ya de marzo de 2018-, en número y cuantías significativas; (ii) Un cuadro con anticipos no legalizados, varios de 2016 y 2017; (ii) Una referencia específica al tema del estado de los anticipos a febrero de 2018, antes de la atención por parte de BTG Fiduciaria, instruida por BTG Re Income, de llamados de capital provenientes del Patrimonio Autónomo Subyacente, con alusión expresa a registros contables “(...) *que significarían pérdidas de los anticipos del proyecto (...)*”<sup>139</sup>.
- En relación con el dictamen pericial en materia de gerencia de proyectos, elaborado por Crearcimientos, también aportado por las Convocantes, se encuentra una “Descripción y Análisis” de lo sucedido en el Patrimonio Autónomo Subyacente desde la constitución hasta febrero 28 de 2018, acápite en el que se hace referencia específica a “*pérdidas acumuladas del fideicomiso*” en el período por valor de \$3.067 millones y al estado de iliquidez y de pérdidas del Patrimonio Autónomo Subyacente al momento en el que el Patrimonio Autónomo de Inversión se vincula al proyecto, sin evidencia de se haya informado tal situación a los inversionistas<sup>140</sup>.
- En relación con el dictamen pericial de contradicción al de Crearcimientos, elaborado por Deloitte y aportado por las Convocadas, cabe anotar que se refiere a la “*Destinación y manejo de los recursos en el desarrollo del Proyecto*”, con la misma separación de etapas utilizada en el dictamen que confronta, incluida la que se extiende desde la constitución del Fideicomiso de Administración hasta el 28 de febrero de 2018. Frente a las referencias específicas sobre “*pérdidas acumuladas del fideicomiso*” en el período en cuestión, por valor de \$3.067 millones de pesos, y al estado de iliquidez y

<sup>139</sup> Páginas 27 a 29, 39 a 45 y 80 del dictamen.

<sup>140</sup> Páginas 25 y 26 del dictamen.

pérdidas del Patrimonio Autónomo Subyacente al momento en que el Patrimonio Autónomo de Inversión se vincula, la contradicción de Deloitte se centra en explicar las razones de la iliquidez, sin confrontar nada sobre las pérdidas, punto por sí mismo relevante, al cual se refiere luego el mismo dictamen, simplemente limitándose a afirmar que *“es importante recalcar que, BTG Re Income no hacía parte del Proyecto hasta febrero de 2018”* y que posterior a su vinculación procedió al análisis de anticipos y a dar instrucción de las legalizaciones correspondientes<sup>141</sup>, tópico éste sobre el cual ya el Tribunal hizo los comentarios de apreciación probatoria pertinentes.

#### **2.5.2.3.1.4. Representar al Patrimonio Autónomo en la asamblea y demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente.**

##### **a. Posición de las Convocantes.**

En el hecho 23 de la demanda, en el que se hace la relación de las funciones del Administrador Designado según el Contrato de Fiducia de Inversión, con el señalamiento paralelo del respectivo incumplimiento que se imputa, se menciona en el literal e) la relativa, en su eje rector, a *“Representar al Patrimonio Autónomo en la asamblea y demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente, incluyendo igualmente el ejercicio del derecho de inspección y análisis de los informes de rendición de cuentas y periódicos”*; se señala que dicha función implica, además, la de *“tomar decisiones que incluyen, pero sin limitarse a, la designación y remoción de los miembros del comité fiduciario del Patrimonio Autónomo Subyacente”*.

Sobre el particular, ya en el campo de los incumplimientos que se pregonan, se afirma que de acuerdo con la información y documentación allegada por el propio Administrador Designado se pudo comprobar que durante la vigencia de la obra del proyecto, éste no realizó el derecho de inspección y análisis de los informes que entregaba Alianza Fiduciaria, pues sólo hasta marzo de 2020, luego de varias reclamaciones formales por parte de los Fideicomitentes, inició averiguaciones y recolección de información en relación con las conductas realizadas por el Gerente del proyecto y por Alianza Fiduciaria; agrega que se tiene conocimiento de que el Administrador Designado no asistió ni solicitó la convocatoria de Asamblea de Fideicomitentes en el Fideicomiso Subyacente, a pesar del fracaso del proyecto, teniendo la potestad y el deber de hacerlo en aras de esclarecer cualquier anomalía que ocurriese, ostentando la representación de un 80% de participación de los derechos fiduciarios del mencionado Fideicomiso; según el dicho de las Convocantes, la representación y el comportamiento como Fideicomitente en el Patrimonio Autónomo Subyacente por parte de la Fiduciaria, a través del Administrador Designado, *“fueron descuidados, negligentes y desinteresados”*.

<sup>141</sup> Páginas 12 a 16 y 28 del dictamen.

A nivel del alegato final, en el acápite destinado al estudio de “II. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LAS CONVOCADAS EN EL CASO CONCRETO”, las Convocantes desarrollan los tres elementos que a su juicio configuran la mencionada responsabilidad. Al referirse a los “*incumplimientos contractuales*”, como el primero de ellos, consideran que uno de los configurados en este caso lo constituyó el hecho de que “*Las Convocadas omitieron absolutamente el cumplimiento de sus funciones para garantizar que el Patrimonio Autónomo Subyacente tuviera una estructura adecuada de supervisión y gobierno que permitiera controlar las actuaciones del gerente*”, y señalan dentro de los “*descuidos más ostensibles*” que dan cuenta de dicho incumplimiento, el que concierne a que “*Las Convocadas no ordenaron la citación de reuniones ordinarias ni extraordinarias del Patrimonio Autónomo Subyacente*”.

Aducen que aunque las cláusulas 15.4 y 15.5 del Otrosí Integral No. 1 disponen que la Asamblea de Fideicomitentes debe reunirse, de forma ordinaria, por lo menos una vez al año dentro de los tres primeros meses de cada año calendario, previa citación de Alianza, y que la Asamblea puede ser convocada de manera extraordinaria “*Cuando el Gerente y/o un número de Fideicomitentes que tenga más del cuarenta por ciento (40%) de los Derechos Fiduciarios en el Fideicomiso así lo determine, a su discreción*”, en el proceso se demostró que salvo en el 2020, cuando el proyecto ya había fracasado, el Administrador Designado nunca exigió a Alianza que convocara a Asamblea de Fideicomitentes.

Advierten que el Administrador Designado, antes del año 2020, no citó a ninguna reunión de Asamblea, y su representante legal, al absolver el interrogatorio de parte, dijo no saber por qué no se promovió la celebración de las reuniones ordinarias; así mismo, la representante legal de la Fiduciaria manifestó en su declaración que era al Administrador Designado a quien le correspondía promover las citaciones a reuniones de Asamblea del Patrimonio Autónomo, y que la Fiduciaria no recibió ninguna instrucción en tal sentido.

En el parecer de las Convocantes, se trata de una omisión que es especialmente grave y terminó siendo determinante para el fracaso del proyecto, considerando las importantes funciones en materia de supervisión y gobierno asignadas a la Asamblea de Fideicomitentes, entre las que se destacan: aprobar el Contrato de Gerencia y Operación; aprobar los presupuestos presentados por el Gerente y considerar y aprobar el Plan Anual de Negocios preparado por el mismo Gerente; aprobar las llamadas “Decisiones Materiales”, entre las cuales se destaca la celebración o modificación de los derechos del Patrimonio Autónomo Subyacente bajo cualquier “Contrato Material”, incluido el de construcción; crear los órganos de administración y nombrar los auxiliares que considere necesarios fijando sus funciones y remuneración -reprochan la no creación de un “Comité Fiduciario”, organismo que sin duda habría servido para controlar y supervisar la ejecución del proyecto-; y aprobar la remoción del gerente, y el nombramiento de uno nuevo.

b. Posición de las Convocadas.

En relación con el numeral 23 de los hechos de la demanda, se ha dicho ya que BTG Fiduciaria sostiene en su contestación que a ella no le consta que BTG Re Income haya incurrido en los incumplimientos contractuales que se le atribuyen.

Por su parte, BTG Re Income expresa que no es cierto que hubiese incumplido la obligación objeto de estudio en este acápite. Advierte que el Patrimonio Autónomo Subyacente contaba con sus propias estructuras de supervisión y control; que analizó periódicamente la información del proyecto que según su prudente juicio de negocios era conducente para conocer el estado del mismo, y con base en la misma informó también periódicamente a los Fideicomitentes; que cuando en el mes de septiembre de 2019 se conoció la suspensión de la construcción, procedió a realizar las indagaciones que consideró apropiadas y a proponer, dentro de su rol y competencia, medidas para tratar de superar la situación encontrada, marco en el cual describe algunas de las acciones adelantadas, en consenso con la Fiduciaria.

Así mismo, señala que no es cierto que el Administrador Designado no haya asistido ni solicitado la convocatoria de Asamblea de Fideicomitentes del Patrimonio Autónomo Subyacente; señala que la prueba documental aportada con la contestación de la demanda -Actas Nos. 2, 3 y 4- da cuenta de que el Administrador Designado sí participó en las Asambleas del mencionado Patrimonio Autónomo, y de que, además, sí solicitó a Alianza la convocatoria de asambleas del Patrimonio Autónomo -prueba documental 3.36 de la contestación, correo electrónico del 16 de abril de 2020-.

A nivel del alegato de conclusión, BTG Re Income incluye varios argumentos: (i) al hacer referencia a lo relativo a la operación del leasing con Bancolombia, señala que la Fiduciaria convocó a una Asamblea de Fideicomitentes en el Patrimonio Autónomo de Inversión con el propósito de consultarles y pedirles autorización para hacer uso del saldo de recursos líquidos disponibles en el Patrimonio Autónomo para atender parcialmente la solicitud de aportes de Alianza y efectuar el llamado de capital pendiente para atender, también en forma parcial, dicha solicitud de aportes. La Asamblea fue convocada para el 9 de junio de 2020, pero por falta de quórum para deliberar no fue posible llevarla a cabo; (ii) sostiene que de manera tardía -con posterioridad a la demanda y en la etapa probatoria-, las Convocantes introdujeron imputaciones y aspectos fácticos asociados específicamente con el incumplimiento que se estudia en este punto, consistentes en la no designación de un Comité Fiduciario en el Patrimonio Autónomo y la omisión en punto a instruir a la Fiduciaria para que promoviera algún mecanismo de remoción del gerente, tópicos sobre los cuales, en todo caso, hace los comentarios correspondientes; y (iii) en cuanto a la imputación relativa a que BTG Re Income no convocó a Asambleas Ordinarias en el Patrimonio Autónomo, la Convocada sostiene que antes de septiembre de 2019 no conoció aspectos que justificaran emitir la recomendación indicada, además de que no

quedó demostrado en este trámite que la no celebración de una asamblea de fideicomitentes tuviera relación de causalidad con los daños reclamados.

BTG Fiduciaria, por su lado, señala, en cuanto a la gestión de *“Representar al Patrimonio Autónomo en la asamblea y de más (sic) mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente, (...)”*, que los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión dentro de su autonomía podían disponer válidamente quién habría de representar al Patrimonio Autónomo en la Asamblea, ejercer el derecho de inspección y analizar los informes de rendición de cuentas de Alianza, actividades que podía realizar cualquiera de ellos. Por lo demás, se señala que el Patrimonio Autónomo Subyacente no tiene Comité Fiduciario. También se refiere a los que denomina como *“Aspectos del Contrato de Fiducia del Patrimonio Autónomo Subyacente, planteados en los escritos con los que se describió el traslado de las excepciones de mérito, y en la etapa probatoria”*, atinentes a algunos asuntos que las Convocantes identificaron como funciones propias de la Asamblea de Fideicomitentes que, a su juicio, no ocurrieron debido a que el Administrador Designado no solicitó la convocatoria de asambleas -además de los ya mencionados de no designación de un Comité Fiduciario y de no remoción del Gerente del Proyecto, menciona la no solicitud al Gerente sobre la preparación y presentación del Plan Anual de Negocios y el Presupuesto Operativo Anual, previstos en el Contrato de Fiducia de Administración y Pagos-.

c. Consideraciones del Tribunal.

En efecto, como se ha reseñado en apartes anteriores, el literal (e) de la sección 5.2 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión consagra como función a cargo del Administrador Designado la de *“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 tomar decisiones que incluyen, pero sin limitarse a, la designación y/o remoción de los miembros del comité fiduciario del Patrimonio Autónomo Subyacente”*.

Se estima razonable entender que se está en presencia de una función del Administrador Designado, con la responsabilidad que comporta, que tiene un perfil preponderante de “ejecución”, consistente en ostentar la representación del Patrimonio Autónomo de Inversión -Fideicomitente- *“en la asamblea y demás mecanismos de participación”* del Patrimonio Autónomo Subyacente, y en ejercer -en ese contexto- los derechos políticos y económicos que le correspondan a aquél en éste, incluido *“el ejercicio del derecho de inspección y análisis de los informes de rendición de cuentas y periódicos”* y la atribución de tomar decisiones asociadas en dichos escenarios de actuación, que tiene ineludible relación con otras funciones consignadas en la misma cláusula

negocial, de amplio espectro, como las relativas a “(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” y “(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”.

A estas alturas del examen del *petitum* de la demanda instaurada por las Convocantes y la defensa propuesta por las Convocadas, se observa que las falencias incurridas por BTG Re Income respecto de la cabal atención de algunas de sus funciones, establecidas en los términos de que dan cuenta los numerales anteriores de este capítulo destinado al estudio de los incumplimientos contractuales que constituyen el eje de la reclamación, necesariamente conducen a concluir que también se configura el que en este aparte ocupa la atención, pues conforme a las explicaciones ya suministradas -a las cuales se remite para evitar repeticiones innecesarias- ha de advertirse que, en lo material o sustancial, el Administrador Designado no empleo la diligencia debida en punto a la representación del Patrimonio Autónomo de Inversión en la Asamblea y demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente, incluido lo relativo al ejercicio del derecho de inspección y análisis de los informes de rendición de cuentas que recibía.

#### **2.5.2.3.1.5. Objetar las rendiciones de cuentas de la Fiduciaria en representación de los Fideicomitentes.**

##### a. Posición de las Convocantes.

En el mismo hecho 23 de la demanda se menciona, en el literal f), la función del Administrador Designado relativa a “*Objetar las rendiciones de cuentas de la Fiduciaria en representación de los Fideicomitentes*”, respecto de la cual se señala que “*Pudo comprobarse que [el Administrador Designado] no realizó hasta la fecha ninguna objeción a las rendiciones de cuentas presentadas por la Fiduciaria sobre el fideicomiso original, más aún cuando estas dos entidades son conexas y vinculadas corporativamente con el conglomerado BTG PACTUAL*”; agrega este aparte de la demanda que “*a pesar de la grave situación que atraviesa el fideicomiso subyacente, de extrema iliquidez, incumplimiento de anticipos girados e incumplimiento de los presupuestos y cronogramas de obra, se tiene constancia de que ninguna de las rendiciones de cuentas presentadas por la fiduciaria Alianza Fiduciaria S.A. fue objetada por el Administrador*

*designado, lo que deja entrever su conformidad con los informes entregados en el P.A. subyacente”.*

En el alegato de conclusión no se hace encuentra ninguna referencia o mención específica relevante de las Convocantes en relación con este incumplimiento.

b. Posición de las Convocadas.

Una vez más hay que señalar que respecto del numeral 23 de los hechos de la demanda, BTG Fiduciaria sostiene en su contestación que a ella no le consta que BTG RE INCOME haya incurrido en los incumplimientos contractuales que se le atribuyen.

En su contestación, BTG Re Income afirma que en la demanda no se precisa por qué motivos o con base en qué razones procedía presentar una objeción a las cuentas presentadas por la Fiduciaria BTG, ni se precisa respecto de cuáles cuentas se considera que la objeción era procedente; agrega que BTG Re Income no ha formulado objeciones a las rendiciones de cuentas presentadas por la Fiduciaria BTG, *“por cuanto no ha encontrado motivos para el efecto”*; adicionalmente manifiesta que no es cierto que no se hubieran objetado rendiciones de cuentas de Alianza, pues BTG FIDUCIARIA objetó, mediante correo electrónico de 2 abril 2020 (prueba documental 3.29), la rendición de cuentas presentada por Alianza el 19 marzo 2020.

En su alegato final, BTG Re Income señala que según las Convocantes el Administrador Designado *“(i) no realizó derecho de inspección y análisis de los informes que entregaba Alianza (cfr. Literal e del hecho vigesimotercero); (ii) no presentó ninguna objeción frente a las rendiciones de cuenta presentadas por BTG Pactual Fiduciaria (cfr. Literal f del hecho vigesimotercero de la demanda); (iii) no presentó ninguna objeción frente a las rendiciones de cuenta presentadas por Alianza (cfr. Literal f del hecho vigesimotercero de la demanda)”*. Sobre el particular, advierte que en el proceso quedó acreditado que BTG Fiduciaria elaboraba sus informes de rendición de cuentas con base en la información que recibía de Alianza, que era la estándar para este tipo de proyectos, y que antes de conocerse la parálisis del mismo, no había señales de alarma o irregularidades que hubieran indicado a BTG Re Income que debía objetar las rendiciones de cuentas elaboradas por la Fiduciaria. Adicionalmente, señala que no le correspondía a BTG Re Income objetar rendiciones de cuentas de Alianza, pues de conformidad con el Contrato de Fiducia de Inversión, el Administrador Designado sólo estaba facultado para objetar las rendiciones de cuenta de la Fiduciaria BTG y no de Alianza, como de manera equivocada lo entiende la Convocante.

Por su parte, BTG Fiduciaria señala, en cuanto a la gestión de *“objetar las rendiciones de cuentas de la Fiduciaria (...)”*, que es claro que corresponde a una prerrogativa de los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia de Inversión,

respecto de las rendiciones de cuentas presentadas por la Fiduciaria como vocera y administradora de ese Patrimonio Autónomo de Inversión.

c. Consideraciones del Tribunal.

El literal (f) de la ya varias veces citada sección 5.2 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión consagra, a cargo del Administrador Designado, la función de *“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”*.

Se está en presencia de una función que comporta la correlativa facultad-deber de objetar las rendiciones de cuentas presentadas por *“la Fiduciaria”*, expresión que aunque en principio podría entenderse referida solamente a la Fiduciaria BTG, pronto termina extendiéndose a las rendiciones de cuentas presentadas por la Fiduciaria Alianza como vocera del Patrimonio Autónomo Subyacente, pues ello se desprende de la función también radicada en cabeza del Administrador Designado, reseñada en ocasiones anteriores, según la cual, le correspondía *“Representar al Patrimonio Autónomo en la asamblea y demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente (...) incluyendo igualmente el ejercicio del derecho de inspección y análisis de los informes de rendición de cuentas y periódicos”*, que habilita la actividad de que se viene hablando en la órbita de las rendiciones de cuentas producidas en el Fideicomiso de Administración.

Estima el Tribunal que la norma de conducta negocial asociada a la función de objetar las rendiciones de cuentas sólo podría concebirse con carácter de prestación vinculante bajo la premisa o condición de que concurrieran razones o motivos para proceder de esa manera, en defensa de los intereses de los Fideicomitentes.

Y vistas así las cosas, a juicio del Tribunal, en coherencia con los criterios aplicados en el examen de los incumplimientos estudiados, la configuración de los que con ese alcance se han ya identificado conlleva la consideración según la cual la ausencia de objeciones a las rendiciones de cuentas entregadas durante la ejecución contractual -salvo la presentada en marzo de 2020, cuando la parálisis del proyecto era un hecho- tiene origen en que las mismas no reflejaban, en su materialidad, el real desarrollo y estado del proyecto, situación a su vez vinculada a la falta de diligencia pregonada respecto de las obligaciones del Administrador Designado que así se ha señalado, de modo que terminan extendiéndose tales desatenciones al deber específico bajo examen este apartado de la providencia.

**2.5.2.4. Conclusiones del Tribunal en materia de incumplimientos.**

Como consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto, ha concluido el Tribunal que tanto BTG Fiduciaria como BTG Re Income incumplieron algunas de las

obligaciones contractuales a su cargo, según el detalle individualizado que se refleja en cada uno de los acápite anteriores, cuya síntesis muestra lo que a continuación se puntualiza.

En relación con los incumplimientos “comunes” imputados a ambas Convocadas, el Tribunal encontró que se acreditaron los dos que fueron planteados, referidos a (i) la falta de gestión, control y vigilancia debida y a (ii) la desatención del deber de información, en los términos indicados en esta parte motiva.

En relación con los incumplimientos imputados particularmente a BTG Fiduciaria, el Tribunal encontró que no se configuró ninguno de los pregonados, consistentes en (i) la falta en exigir la gestión oportuna del Administrador Designado; (ii) la delegación de funciones inherentes a la Fiduciaria en el Administrador Designado, intención de limitación de la responsabilidad de aquélla con la designación de éste y supuesto conflicto de interés; y (iii) la desatención del deber de confidencialidad y reserva del Contrato.

Finalmente, en relación con las imputaciones particulares de incumplimientos en cabeza BTG Re Income, el Tribunal encontró que se configuraron los relativos a (i) administrar, suscribir o vigilar, según el caso, los contratos de los cuales el Patrimonio Autónomo sea parte; (ii) instruir a la Fiduciaria sobre todas las cuestiones necesarias para realizar debidamente las actividades relacionadas con la inversión en el Patrimonio Autónomo; (iii) dar instrucciones a la Fiduciaria sobre el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo; (iv) representar al Patrimonio Autónomo en la Asamblea y demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente; y (v) objetar las rendiciones de cuentas de la Fiduciaria en representación de los Fideicomitentes. No se configuró el incumplimiento concerniente a (i) instruir a la Fiduciaria sobre los contratos que sea necesario que el Patrimonio Autónomo suscriba.

### **2.5.3. LOS DAÑOS ALEGADOS Y EL NEXO CAUSAL.**

#### **2.5.3.1. Marco de referencia.**

Habiendo encontrado el Tribunal acreditado que hubo incumplimiento imputable del Contrato de Fiducia de Inversión celebrado el 13 de diciembre de 2017 por parte de las Convocadas, en los términos expuestos con antelación, corresponde ahora verificar la concurrencia de los restantes requisitos de procedencia de la responsabilidad contractual deprecada, esto es, la existencia de un daño indemnizable sufrido por los demandantes y que éste encuentra su causa en el incumplimiento de las sociedades demandadas.

En este frente, recuérdese que en la pretensión tercera de la demanda subsanada, las Convocantes solicitan que se declare *“que las Convocadas son contractual y solidariamente responsables de los perjuicios patrimoniales causados a las Convocantes, como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Fiducia*

*Mercantil de Inversión, celebrado el 13 de diciembre de 2017*”; y en la pretensión cuarta, que “*Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condénese a las Convocadas a pagar a las Convocantes las siguientes sumas de dinero, por concepto de daño emergente:*” a favor de PANERAI: \$950.181.818; de INLAMM: \$475.090.909; de COURCELLES: \$475.090.909; de JARAMILLO BUSTAMANTE: \$475.090.909; y de INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ: \$475.090.909.

Adicionalmente, en la pretensión quinta se pide que las Convocadas sean condenadas “*a pagar intereses moratorios a la máxima tasa de interés moratorio mercantil, sobre las sumas solicitadas en la pretensión anterior, causados desde la fecha en que cada una de las Convocantes hizo la correspondiente inversión en el Patrimonio Autónomo, hasta la fecha del pago efectivo*”, y en la pretensión sexta, “*a pagar a las Convocantes la suma en que éstas tuvieron que incurrir a fin de evitar un litigio arbitral, correspondiente al costo de la celebración de una audiencia de conciliación ante la Cámara de Comercio de Medellín, suma equivalente a SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS TRECE PESOS (\$7.598.413 PESOS)*”.

a. Posición de las Convocantes.

En cuanto al daño reclamado y su relación de causalidad con la conducta de las Convocadas, en los hechos de la demanda subsanada se indica, en sus aspectos más relevantes, que las distintas Convocantes, atendiendo los llamados de capital efectuados, invirtieron los recursos dinerarios en las cuantías ya indicadas para cada uno (hecho 10), y que solo en marzo de 2020 las Convocantes advirtieron que el proyecto era un completo fracaso, con pérdida absoluta de la inversión realizada debido a la negligencia de las demandadas (hechos 14, 16 y 34).

En las alegaciones finales las Convocantes reiteran, en esencia, el planteamiento anterior, manifestando que las pruebas practicadas en el proceso evidencian que la inversión realizada por ellas se perdió en forma absoluta toda vez que los derechos fiduciarios en el Patrimonio Autónomo de Inversión, e indirectamente en el Patrimonio Autónomo Subyacente, no tienen ningún valor, y que dicha pérdida obedeció a que la Fiduciaria Convocada y el Administrador Designado dejaron de hacer lo que les correspondía desde la suscripción del Contrato de Fiducia de Inversión y que habría evitado que el Gerente hubiera podido manejar a su antojo y sin control los recursos del proyecto. Aclaran que no se está reclamando lucro cesante derivado de la eventual operación futura del Proyecto, pues éste ni siquiera llegó a construirse por la gestión irresponsable de las Convocadas en el cumplimiento de sus funciones.

En cuanto a la pretensión de reconocimiento de intereses moratorios mercantiles, alude que se trata del lucro cesante correspondiente a los rendimientos que hubiera generado las sumas de dinero invertidas de haber permanecido en el patrimonio de las Convocantes desde el momento en que se hizo la inversión, en aplicación del numeral 2º del artículo 1608 del Código Civil.

b. Posición de las Convocadas.

BTG Fiduciaria, en el escrito de contestación de la demanda subsanada, en cuanto a este aspecto específico de la controversia centra su oposición en señalar que la parálisis del proyecto y de su situación actual encuentra su causa en la desviación de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente por parte del Gerente, los que fueron desembolsados por la Fiduciaria Alianza a título de anticipos no legalizados, con base en lo cual formula las excepciones de fondo denominadas “Ausencia del nexo de causalidad entre los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL FIDUCIARIA, y los perjuicios reclamados por las convocantes en la demanda; inexistencia de solidaridad entre las sociedades convocadas” y “ Hechos de terceros que excluyen la responsabilidad civil contractual de BTG PACTUAL FIDUCIARIA S.A”. En cuanto a la solidaridad planteada en la demanda, fundamenta su oposición en que no se pactó solidaridad alguna entre BTG Fiduciaria y BTG Re Income, y no existe fuente legal que así la establezca.

En los alegatos de conclusión, la Fiduciaria BTG manifiesta que las Convocantes no probaron que hubieran sufrido un daño patrimonial cierto, directo y determinado en cuantía equivalente al valor reclamado por concepto de daño emergente, ni tienen derecho al lucro cesante pedido mediante el cobro de intereses moratorios sobre los aportes desembolsados.

En ese sentido: (i) reitera los argumentos plasmados en su momento como fundamento de la objeción al juramento estimatorio incluido en la demanda subsanada; (ii) estima que en ningún caso cabría una condena que incluyera el valor correspondiente a la “Participación incremental” cedida a BTG Re Income en el artículo IX, Sección 9.1, del Contrato de Fiducia de Inversión equivalente al 10% del total de los derechos fiduciarios; (iii) manifiesta que la inversión realizada por las Convocantes, al ser de renta variable, no garantizaba una rentabilidad y que aún en el evento en que el proyecto se hubiera ejecutado y entrado en operación, no había certeza de la obtención de una rentabilidad positiva, siendo probable esperar lo contrario en el contexto de la pandemia por Covid-19; (iv) señala que no procede el reconocimiento de los costos en que incurrieron las Convocantes asociados al trámite de conciliación, al tratarse de una erogación voluntaria no relacionada directamente con la ejecución del Contrato de Fiducia de Inversión; y (v) precisa que las Convocadas no contrajeron obligaciones dinerarias sino de gestión, sin que se hubiese acreditado la constitución en mora respecto de éstas, por lo que no puede haber lugar al cobro de intereses moratorios.

En materia de nexo de causalidad, la Fiduciaria BTG reitera en las alegaciones la configuración del “hecho de un tercero” como causa de exoneración de responsabilidad que fuera propuesta como excepción en el escrito de contestación de la demanda subsanada.

Finalmente, insiste en su oposición a la solidaridad pedida frente a las Convocadas por las razones expresadas desde la contestación, indicando las razones por las cuales entiende que no resulta aplicable al presente asunto las reglas de solidaridad previstas en el artículo 825 del Código de Comercio y en el artículo 2344 del Código Civil.

La otra Convocada, BTG Re Income, por su parte, en su contestación a la demanda subsanada se opone a las pretensiones aludidas (tercera a quinta) y propone como excepción de mérito la de “HECHO EXCLUSIVO DE TERCEROS – MATERIALIZACIÓN DE RIESGOS DE LA INVERSIÓN”, en términos similares a la planteada sobre el particular por la sociedad fiduciaria demandada.

En las alegaciones finales, en síntesis, insiste en que la causa de la crisis del Proyecto no es imputable a las Convocadas, sino a las actuaciones dolosas por parte de su Gerente -OIU-, no advertidas por Alianza Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo Subyacente, que materializaron ciertos riesgos (de contraparte, de construcción y de desarrollo) asumidos por los Fideicomitentes en el Contrato de Fiducia de Inversión. Agrega, igualmente, que las Convocantes no probaron los daños pretendidos; que el valor inicial de los aportes efectuados no constituye prueba de ello pues el demandado no tenía ninguna obligación de restitución de tales dineros ni de pagar rendimiento o interés alguno; que las sumas reclamadas desconocen la “participación incremental” pactada a su favor; como también, que no se garantizó una rentabilidad, ni menos aún se acreditó que ésta se habría generado de haber entrado en operación el Proyecto, máxime teniendo en consideración el marco temporal de la pandemia vivida en el país. Descarta, por último, la existencia de una solidaridad con la sociedad fiduciaria pues en el Contrato de Fiducia de Inversión ello no se pactó, ni se trata de dos deudores de una misma obligación, sino de obligaciones y funciones diferentes a cargo de cada una de las Convocadas.

### C. Consideraciones del Tribunal.

Como ya lo anticipó el Tribunal en aparte anterior del Laudo, para que proceda la responsabilidad contractual endilgada a las Demandadas, además de la configuración del incumplimiento imputable respecto del régimen obligacional derivado del contrato válido celebrado con las Convocantes -lo que quedó establecido en el acápite precedente-, es menester, además, la existencia del daño padecido por las Demandantes y del vínculo, relación o nexo de causa a efecto entre dicho incumplimiento y el daño que se reclama.

Es bien sabido, como regla general, que le corresponde al demandante la carga de la prueba de la existencia y cuantía del daño, y de su relación de causalidad con el incumplimiento contractual alegado. Según se desprende de lo dispuesto en los artículos 164, 167 y 283 del Código General del Proceso, y 1757 del Código Civil, quien alega haber sufrido un determinado daño tiene la carga procesal de demostrar que realmente se produjo -o se va a producir-, el monto

del mismo y, en tratándose de una responsabilidad de carácter contractual, que encuentran fuente directa en el incumplimiento imputable de las obligaciones radicadas en cabeza del demandado. En ese sentido, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, “[...] *el interesado, para demostrar el daño y su cuantía, puede acudir a cualquier medio probatorio que resulte idóneo, entre ellos ‘la confesión, los documentos, los indicios, las declaraciones de terceros, las inspecciones judiciales, los dictámenes de peritos’ (sentencia citada precedentemente, exp. 5348) ’’*”.<sup>142</sup>

El daño, según lo ha descrito la jurisprudencia patria como elemento primordial de la responsabilidad civil, consiste en *“todo detrimento o menoscabo de bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio material o moral, cuyo resarcimiento le incumbe al autor o al legalmente vinculado con este”*<sup>143</sup>, o en palabras similares que enfatizan la misma idea central, *“la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal”*<sup>144</sup>.

El daño patrimonial, que es el que resulta relevante de cara a la presente controversia arbitral toda vez que son de esta naturaleza los perjuicios reclamados por las Convocantes, y que por definición debe implicar una lesión, menoscabo o alteración negativa en el patrimonio de la víctima, para que origine el deber indemnizatorio exige como regla general, como también lo ha expresado con reiteración la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la prueba a cargo de los accionantes de que se trata de un daño cierto y directo.

Es *cierto* el daño cuando su existencia es real, bien porque ya aconteció (daño actual), ora porque razonablemente se espera su ocurrencia posterior (daño futuro). La certeza del daño excluye como indemnizable lo meramente hipotético o eventual. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, que compendian con claridad su pensamiento, “[...] *La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320). [...] Más exactamente, el daño eventual no es resarcido, ‘por no ser cierto o no haber ‘nacido’, como dice la doctrina, dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad’ (cas. civ. sentencias de 5 de noviembre de 1998, exp. 5002, 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897), y en estrictez, en tanto no se puede profetizar ni conocer razonablemente su*

<sup>142</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 5502 de abril 4 de 2001.

<sup>143</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-1230-2018 de abril 25 de 2018. Radicación: 08001-31-03-003-2006-00251-01.

<sup>144</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 6 de 2001. Radicación 05502. En el mismo sentido: sentencias de casación civil de agosto 5 de 2014 (SC10297-2014. Radicación 2003-00660-01), julio 16 de 2018 (SC2758 - 2018. Radicación 1999-00227-01), septiembre 10 de 2019 (SC3653-2019. Radicación 11001-31-03-015-2010-00268-01), diciembre 14 de 2020 (SC5025-2020. Radicación 23660-31-03-001-2009-00004-01) y febrero 15 de 2021 (SC282-20121. Radicación 08001-31-03-003-2008-00234-01), entre otras.

*ocurrencia, es decir, su existencia es una simple conjetura, descartando per se, incluso la simple posibilidad de su acaecimiento. Tal es el caso, de los simples sueños, hipótesis, suposiciones, fantasías e ilusiones carentes de todo margen razonable de probabilidad objetiva en su acontecer. Contrario sensu, el daño actual, o sea, aquel cuya realidad perceptible es constatada con certeza objetiva en su materialidad, al momento de su ocurrencia o del fallo, y, el daño futuro que, en proyección de situaciones consolidadas o de concretas situaciones entonces existentes en vía de consolidarse, acaecerá en el porvenir según una verosímil, fundada y razonable previsión, es reparable por cierto”.*<sup>145</sup>

Es *directo* el daño en materia contractual cuando se deriva como consecuencia inmediata del incumplimiento obligacional del demandado, esto es, según lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia, el “*ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor*”<sup>146</sup>, o lo que es igual, “*La condición de ser directo exige, en el caso de la primera de las dos clases de responsabilidad atrás mencionada -contractual-, que él sea resultado de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno*”.<sup>147</sup>

Como bien lo precisa el artículo 1613 del Código Civil, “*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*”. Y según el artículo 1614 de la misma codificación, “*Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse como consecuencia de similares circunstancias*”. Para la Corte Suprema de Justicia, a partir de las nociones legales, el daño emergente se refiere a “*(...) la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento del pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse responsabilidad*”, mientras que el lucro cesante “*(...) está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirían luego, con el mismo fundamento de hecho... (...Sent. del 29 de septiembre de 1978).*”<sup>148</sup>.

Más allá de las diferentes posturas doctrinarias acerca de si el daño directo es un asunto que atañe a una exigencia del daño en estricto sentido, o más bien es un

<sup>145</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 9 de 2010. Radicación: 17042-3103-001-2005-00103-01. En el mismo sentido: sentencias de casación civil de marzo 4 de 1998 (Expediente 4921), junio 24 de 1999 (Expediente 4424), agosto 9 de 1999 (Expediente 4897), enero 18 de 2007 (Radicación 1999-00173-01), S-055 junio 24 de 2008 (Radicación 11001-3103-038-2000-01141-01) y SC-16990-2016 de noviembre 17 de 2016 (Radicación 11001-31-03-008-2000-00196-01), entre otras.

<sup>146</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de marzo 27 de 2003. Expediente C-6879.

<sup>147</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC16690-2016 de noviembre 17 de 2016, Radicación: 11001-31-03-008-2000-00196-01.

<sup>148</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5516-2016 de abril 29 de 2016. Radicación 08001-31-03-008-2004-00221-01.

aspecto que se encuentra asociado de manera ineludible a la relación de causalidad entre incumplimiento y daño como requisito de la responsabilidad civil contractual, es indiscutible que debe aparecer probada la relación de causa a efecto entre el incumplimiento contractual en que incurrieron las Convocadas y un daño cierto sufrido por las Convocantes.

Como se desprende de las normas legales antes citadas, incluido el artículo 1616 del Código Civil que hace responsable al deudor culposo de los perjuicios que pudieron preverse al tiempo del contrato, lo cierto es que para el reconocimiento de una indemnización de perjuicios de carácter contractual debe existir un nexo de causalidad entre el incumplimiento negocial y el daño padecido por el acreedor, que *"se reduce, en materia contractual, a que el perjuicio tenga la condición de ser directo, es decir, haber sido 'consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento' (inciso primero del artículo 1616 del Código)"*.<sup>149</sup>

Para establecer dicho nexo causal, la doctrina y la jurisprudencia han planteado diferentes teorías<sup>150</sup>. En sentencia de enero 15 de 2008, la Corte Suprema de Justicia refirió de manera compendiada dichas divergencias existentes sobre el particular, recordando su posición central en el tema:

*"(...) Pero si hay consenso en la necesidad de esa relación causal, la doctrina, acompañada en este punto de complejas disquisiciones filosóficas, no ha atinado en ponerse de acuerdo sobre qué criterios han de seguirse para orientar la labor del investigador -jueces, abogados, partes- de modo que con certidumbre pueda definir en un caso determinado en el que confluyen muchas condiciones y antecedentes, cuál o cuáles de ellas adquieren la categoría de causa jurídica del daño. Pues no ha de negarse que de nada sirve el punto de vista naturalístico, conocido como teoría de la equivalencia de las condiciones -defendida hace algún tiempo y hoy abandonada en esta materia-, según el cual todos los antecedentes o condiciones (y aún las ocasiones), tienen ontológicamente el mismo peso para la producción del resultado<sup>151</sup>. Semejante posición deja en las mismas al investigador, pues si decide mentalmente suprimir uno cualquiera de los antecedentes, con seguridad llegará a la conclusión de que el resultado no se hubiera dado, a más de la necesaria arbitrariedad en la elección de la condición a suprimir, dado que no ofrece la teoría criterios concretos de escogencia.*

*De las anteriores observaciones surgió la necesidad de adoptar otros criterios más individualizadores de modo que se pudiera predicar cuál de*

<sup>149</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 3 de 1977. G.J Tomo CLV. Primera Parte. Número 2398, pág. 332.

<sup>150</sup> Entre las principales se destacan la teoría de la equivalencia de condiciones, de la causalidad próxima, de la causalidad eficiente y de la causalidad adecuada.

<sup>151</sup> Se comprimía esta teoría con la fórmula: *"causa causae es causa causati"*. Y luego se la intentó precisar mediante la aplicación de la *"condictio sine qua non"*, en virtud de la cual, si mentalmente se suprime una de las condiciones, esta adquiere la categoría de causa, cuando el resultado asimismo se ve suprimido.

*todos los antecedentes era el que debía tomar en cuenta el derecho para asignarle la categoría de causa. Teorías como la de la causa próxima, la de la causa preponderante o de la causa eficiente -que de cuando en cuando la Corte acogió- intentaron sin éxito proponer la manera de esclarecer la anterior duda, sobre la base de pautas específicas (la última condición puesta antes del resultado dañoso, o la más activa, o el antecedente que es principio del cambio, etc.). Y hoy, con la adopción de un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio, con la precisión que más adelante se hará cuando de asuntos técnicos se trata, se asume que 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 de lo 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<sup>152</sup>. En fin, como se ve, la gran elasticidad del esquema conceptual anotado, permite en el 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. Mas, dejando de lado esas honduras, toda vez que su entronque con la culpa como elemento subjetivo es evidente, y este es tema que no se toca en el recurso, 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 dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquel o aquellos que tienen esa aptitud” (sent. Cas. Civ., sep. 26/2002, Exp. 6878)...”<sup>153</sup>.*

En oportunidades más recientes, la Corte Suprema de Justicia ha incorporado la distinción entre “causalidad de hecho” y “causalidad de derecho” como dos fases necesarias en el análisis de la causalidad, reafirmando la relevancia de la teoría de la causalidad adecuada en lo que respecta a la valoración de la última, y rescatando la de equivalencia de condiciones frente a la primera.

<sup>152</sup> Esta última proposición, la de sopesar antecedentes que solo de manera anormal o azarosa producen el resultado, se le ha añadido a la teoría de la causalidad adecuada, —que precisamente es criticada en ese aspecto, es decir, en que deja sin explicación aquellos daños que se producen por causas que normalmente no son aptas para ocasionarlo—, pues la ayuda que las ciencias forenses prestan a este propósito, permite que aún en esos raros casos, y junto con la “lógica de lo razonable” (Recasens) más precisamente que con las reglas de la experiencia, dichos eventos puedan esclarecerse.

<sup>153</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicación 11001-3103-037-2000-67300-01. En el mismo sentido: sentencia SC092-2007 de julio 9 de 2007 (Radicación 23417-31-03-001-2001-00055-01); sentencia 2002-00445 de septiembre 6 de 2011; y sentencia 2002-00188 de diciembre 14 de 2012, entre otras.

Sobre la diferenciación entre causalidad de hecho y causalidad de derecho como dos fases o pasos del proceso de evaluación de la “causa”, ha expresado la Corte:

*“La generalidad de los sistemas jurídicos occidentales admiten la necesidad de desarrollar el análisis de causalidad en dos fases diferenciadas. La primera, conocida como causalidad fáctica, o causalidad de hecho, tiene por objeto identificar, en sentido material, si una actividad es condición necesaria para la producción del hecho dañoso; la segunda, que suele denominarse como causalidad jurídica, o alcance de la responsabilidad busca atribuir, a través de criterios normativos, la categoría de causa a una de esas condiciones antecedentes -como directiva para imputar a su autor las secuelas de la interacción lesiva-.*

*Esta es la metodología mayoritariamente postulada en la doctrina y la academia, y acogida en propuestas de invaluable mérito teórico, como los «Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil» (PETL, por sus siglas en inglés), en los que se señala, entre otros lineamientos, que (i) «Una actividad o conducta es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido» (art. 3:101), y que (ii) «si una actividad es causa en el sentido de la Sección [anterior], la cuestión de si puede ser imputada a una persona y en qué medida», depende de diversos factores, tales como la previsibilidad del daño «para una persona razonable en el momento de producirse la actividad»; la «naturaleza y valor del interés protegido»; el «fundamento de la responsabilidad»; el «alcance de los riesgos ordinarios de la vida»; y el «fin de protección de la norma que ha sido violada» (art. 3:201).*

*Con similar orientación, la literatura especializada reconoce que «(...) se torna imprescindible dividir el juicio de constatación causal en dos fases, secuencias o estadios: (1) primera fase (quaestio facti): la fijación del nexo causal en su primera secuencia tiene carácter indefectiblemente fáctico, es libre de valoraciones jurídicas y, por lo general, se realiza según el criterio de la conditio sine qua non; (2) segunda fase (quaestio iuris): una vez explicada la causa del daño en sentido material o científico es menester realizar un juicio de orden jurídico-valorativo, a los efectos de establecer si el resultado dañoso causalmente imbricado a la conducta del demandado, puede o no serle objetivamente imputado»<sup>154</sup>.*

*Ese método, cabe resaltar, no es caprichoso, sino que sirve al propósito de refinar el proceso de selección que se sugirió en precedencia. La causa, en el sentido que interesa al derecho de daños, es un concepto en el que se entremezclan consideraciones factuales y jurídicas. Por tanto, la verificación del nexo de causalidad exige un condicionamiento de la conducta o actividad*

<sup>154</sup> PREVOT, Juan. *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 15. 2010, págs. 143-178.

*del demandado en la realización del evento dañoso, pero no solamente eso, sino también ciertas cualidades de aquella relación, que deben extraerse de las fuentes del derecho aplicables.*

*Los ‘dos pasos’ -que reflejan las ‘dos facetas’ de la causa’, sirven como una especie de recordatorio para reflexionar y argumentar acerca del problema causal en sendas esferas distintas, una fáctica, y otra jurídica”<sup>155</sup>.*

Como se observa, en cuanto a la causalidad de hecho, fáctica o material, reconoce la Corte la utilidad del criterio de la *conditio sine qua non*, equivalente a las reglas *but for test* de la jurisprudencia norteamericana, que obligan, en síntesis, a “*plantear y responder una pregunta hipotética (...), la cual consiste en determinar si una condición que de hecho ocurrió no hubiera ocurrido, el resultado habría sido así y de esta forma*”<sup>156</sup>, bajo el entendido de que, cuando se trata de omisiones, “*El mismo raciocinio puede replicarse (...) solo que, en estos casos, el examen contrafáctico consistirá en elucidar si la participación (exigible, o lícitamente esperable) del demandado en el curso de los acontecimientos, habría impedido que ocurriera el daño*”<sup>157</sup>.

En cambio, la causalidad de derecho o causalidad jurídica supone -en voces de la Corte- “*elucidar, a través de las directivas que consagra el derecho aplicable, si es posible asignar a la conducta o actividad del demandado, en tanto antecedente causal relevante del daño, el rótulo de ‘causa’ de este (...) Ahora bien, para sistematizar esas directivas del ordenamiento en materia de causalidad, suelen emplearse varias teorías jurídicas, de entre las cuales despunta la ‘teoría de la causa adecuada’, hasta la fecha imperante en la jurisprudencia civil colombiana. La causa adecuada intenta diferenciar las condiciones antecedentes seleccionadas (es decir, las que tienen un vínculo ‘causal material’ con el resultado) a partir de su relevancia con relación al resultado. (...) En conclusión, de entre las múltiples directivas jurídicas postuladas para guiar la selección entre condiciones antecedentes necesarias para la producción del daño, la jurisprudencia patria suele valerse -explícita o implícitamente- del criterio denominado **causa adecuada**, según el cual el agente debe ser considerado responsable «solo del daño que resulta regularmente y de acuerdo con el curso normal de las cosas de la conducta o actividad desplegada»<sup>158</sup>, teniendo en cuenta variables como la previsibilidad, la cercanía temporal entre la conducta y el daño, o la entidad*

<sup>155</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC4425 de octubre 5 de 2021. Radicación: 08001-31-03-010-2017-00267-01. En el mismo sentido: SC13925-2016 de septiembre 30 de 2016 (radicación: 05001-31-03-003-2005-00174-01) y SC002-2018 de enero 12 de 2018 (Radicación: 11001-31-03-027-2010-00578-01).

<sup>156</sup> HONORÉ, Tony. *Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, N° 3. 2013, págs. 1073-1097.

<sup>157</sup> Sentencia SC4425 de octubre 5 de 2021, ya citada.

<sup>158</sup> MARTIN-CASALS, Miguel. *Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada*. En: SANTOS, María, et al. (Dir.). *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2020, págs. 225.

*de este en relación con las secuelas de aquella, entre otras*”<sup>159</sup>. (La negrilla es de la Corte).

Cuando la conducta reprochable del deudor contractual consiste principalmente en una abstención u omisión, como también lo ha resaltado la Corte, los aspectos o elementos normativos o jurídicos prevalecen en el análisis de causalidad respectivo:

*“(...) Al respecto, esta Sala en CSJ SC-13925-2016, explicó que:*

*‘(...) es posible endilgar la autoría de un hecho por las abstenciones cuando el agente tenía el deber legal de actuar para evitar una consecuencia dañosa, lo cual no puede ser explicado por una ‘causalidad’ desprovista de componentes normativos porque las omisiones no son eventos sino ausencia de éstos, es decir que no generan relaciones de causalidad natural. Es un principio general que no hay responsabilidad civil por las inactividades salvo que el demandado se encuentre bajo un deber legal preexistente o tenga la posición de garante respecto de quien sufre el perjuicio.*

*Quiere decir que no siempre debe acreditarse la cadena causal fenoménica dentro de la cual se produjo el hecho perjudicial sobre la base de la conducta positiva de quien se pregona la responsabilidad civil; pues, es posible que sin haber intervenido materialmente con sus actos en ese desarrollo episódico, el resultado dañoso derive de una omisión de la conducta negocial debida*”<sup>160</sup>.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia ha adoptado como criterio preponderante en el análisis jurídico de la causalidad, la teoría de la causalidad adecuada, en la cual, reconociendo un amplio espacio o margen de apreciación al fallador, debe tenerse como causa el hecho que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, del sentido común y de lo razonable, es apto o idóneo para producir la consecuencia objeto de estudio, o lo que es igual, suele ser su resultado normal, sin dejar de lado, desde luego, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño. En otras palabras, los sucesos (acciones u omisiones) que normalmente producirían el resultado pueden considerarse como causa jurídica del mismo.

Compartiendo lo que un sector autorizado de la doctrina especializada señala sobre el particular<sup>161</sup>, para el Tribunal la relación de causalidad no solo resulta indispensable para deducir responsabilidad civil como requisito axiológico que es de la misma, sino también, cumple una función primordial como elemento de soporte para establecer su medida y cuantía, toda vez que el causante del daño

<sup>159</sup> Sentencia SC4425 de octubre 5 de 2021, ya citada.

<sup>160</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5142-2020 de diciembre 16 de 2020. Radicación: 08001-31-03-012-2010-00197-01.

<sup>161</sup> En palabras de Adriano de Cupis: “[...] El contenido jurídico del daño está, ante todo, en función de la relación de causalidad entre el hecho productor del daño y el daño, es decir, que para fijar el montante del daño que debe reprimirse jurídicamente, se requiere, en primer lugar, establecer los límites dentro de los que el daño pueda considerarse causado por un hecho humano provisto de los atributos exigidos por la ley con fines de responsabilidad”. DE CUPIS, Adriano. “El daño. Teoría general de la responsabilidad civil”, Bosch, Casa Editorial Barcelona, 1970, pág. 246.

debe ser obligado a indemnizar únicamente los perjuicios que ocasionó su comportamiento negligente o imprudente.

Ahora bien, como también lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, una es la prueba del daño y, otra, la de su cuantía, para cuya valoración, según lo indica el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, se “atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. En este sentido ha expresado la jurisprudencia:

*“Acaecida la vulneración del derecho o del interés protegido de la víctima y acreditada la ocurrencia de tal quebranto, imperioso es reconocer la presencia del daño y, por ende, la satisfacción de este elemento estructural de la responsabilidad, independientemente de que igualmente aparezca o no demostrada su magnitud económica. Al respecto, se ha expuesto: ‘una es la prueba del daño, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio. De ahí que la doctrina haga alusión al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal (dinero), ... ‘CSJ SC del 9 de agosto de 1999, Rad. n.º 4897)’”<sup>162</sup>.*

Descendiendo a la controversia que ocupa la atención, ha perfilado el Tribunal, con nitidez, su orientación decisoria en punto a reconocer la efectiva configuración de algunos de los incumplimientos atribuidos en la demanda a las Convocadas, comenzando por el de más amplio espectro -del que de alguna forma derivan o con el que de alguna manera se relacionan otros de los estudiados con resultado similar-, calificado en esta providencia como “común” en cuanto se predica tanto de BTG Fiduciaria como de BTG Re Income, alusivo a la obligación rotulada como de “gestión, control y vigilancia”, genéricamente expresada bajo los mismos términos respecto de las dos sociedades Convocadas, aunque identificables en forma separada según la órbita de roles y funciones asignadas a cada una de ellas, como se precisó en su momento.

Para el Tribunal es claro que los incumplimientos incurridos por las Demandadas tienen virtualidad, en términos de causalidad -tal como la concibe la ley y la aplica la jurisprudencia reseñada-, para efectivamente comprometer la responsabilidad deprecada, pues se antoja plenamente razonable la consideración según la cual, de haber mediado la diligencia debida en procura de conocer oportunamente el real desarrollo y estado de la etapa constructiva en la que se encontraba el proyecto y la correcta inversión de los recursos dispuestos para el efecto en el Fideicomiso Subyacente, también oportunamente se hubieran adoptado los mecanismos preventivos y/o correctivos que hubieran conducido a la no desviación y consecuente pérdida de los mismos, con impacto inmediato en el patrimonio de los aportantes vinculados a través del Fideicomiso de Inversión que fungía como su principal Fideicomitente; se está en presencia, siguiendo el

<sup>162</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-16990-2016 de noviembre 17 de 2016. Radicación 11001-31-03-008-2000-00196-01.

derrotero descrito por la referida jurisprudencia, de una situación en la que “*es posible endilgar la autoría de un hecho por las abstenciones cuando el agente tenía el deber legal de actuar para evitar una consecuencia dañosa*”.

No es necesario volver en este acápite sobre los incumplimientos configurados y la entidad que cada uno reporta, los cuales por sí mismos hablan de su virtualidad para desmentir el planteamiento de las Convocadas en el sentido de que la causa de la crisis del proyecto no les es imputable; tampoco hay que rememorar lo dicho por el Tribunal en la vía de señalar la falta de diligencia advertida en ciertas conductas de las Convocadas y de anunciar la desestimación de alegaciones como las propuestas mediante la invocación del “*hecho exclusivo de terceros*” y/o la “*materialización de los riesgos de la inversión*” -de contraparte, de construcción y de desarrollo, según han sostenido- como causales o motivos de exoneración; lo que corresponde ahora es ocuparse de la determinación del perjuicio indemnizable por virtud de los incumplimientos configurados, con apego al marco conceptual delineado en materia de daño y nexos causal, y tomando como ineludible referente las pretensiones incoadas sobre el particular -en especial, la tercera, la cuarta y la quinta-, que han sido ya reseñadas, incluso en este acápite de la providencia.

Respecto de la reclamación consignada en la pretensión cuarta, asociada al capital constitutivo del daño emergente alegado, a juicio del Tribunal resulta indiscutible que la crisis y fracaso del proyecto, incluso con pérdida del inmueble en el que habría de desarrollarse la fase inicial de construcción de la edificación en la que funcionaría la actividad económica concebida a futuro -negocios de gastronomía-, desemboca en la producción de un “*detrimento o menoscabo*” del patrimonio de los Fideicomitentes del Patrimonio Autónomo de Inversión -aquí Demandantes-, ante el evidente y extremo impacto negativo que tal fracaso representa para dicho Patrimonio Autónomo, vehículo diseñado y utilizado para canalizar las inversiones en cuestión. Y se trata de un daño cierto y directo; lo primero, porque se impone advertir que los derechos fiduciarios correspondientes a los recursos invertidos tienen hoy un valor de mercado prácticamente nulo<sup>163</sup>, y lo segundo, porque la afectación patrimonial se produce como consecuencia de los incumplimientos configurados en cabeza de las Convocadas, en los términos explicados en esta providencia.

Ahora bien: a partir de la inequívoca vocación de los incumplimientos configurados en cabeza de las Convocadas para generar la afectación patrimonial de las Convocantes, la medida o extensión del daño indemnizable debe ajustarse,

---

163 Apreciación que no se altera por el hecho de que OIU todavía no se haya liquidado y de que esté en un proceso de reorganización regido por la Ley 1116 de 2006, lo que, en el plano de lo puramente teórico, haría subsistir la probabilidad de recuperación de los dineros malversados, lo que, ya en la esfera de lo real y material, pronto se desvanece, pues la situación financiera de OIU es calamitosa, con pasivos muy superiores a los activos, y las acreencias del Patrimonio Autónomo Subyacente no están respaldadas por garantía alguna ni tienen prelación legal, con lo cual la probabilidad de recuperación no es razonablemente admisible. En este sentido, véase el expediente de la Superintendencia de Sociedades. Con corte al 30 de abril de 2020, el pasivo externo de OIU era de \$20.035.802.039, mientras que sus activos, al 31 de diciembre de 2019, eran de \$15.652.019.925 (\$17.118.494.469 en abril de 2020), con lo cual el patrimonio era negativo en varios miles de millones de pesos.

ya en lo concreto y específico, a la cabal verificación de la exigencia relativa al nexo causal que necesariamente ha de existir entre los referidos incumplimientos y el perjuicio por ellos causado, lo cual, en el asunto *sub-lite* hace imperativo tener en cuenta que la pérdida patrimonial está inexorablemente asociada, como eje central, a lo ocurrido en materia de giros o anticipos girados al Gerente del proyecto -OIU- que no fueron legalizados, constitutivos, según los propios hallazgos advertidos *ex-post* por las compañías BTG, de “*serios indicios de irregularidades graves en la utilización de los recursos*” del Patrimonio Autónomo Subyacente, cuyo monto asciende a “*una cuantía aproximada de cuatro mil cuatrocientos setenta millones de pesos M/L (COP4.470.000.000)*”, tal como lo expresan BTG Fiduciaria y BTG Re Income en la comunicación de 5 de agosto de 2020, dirigida a Alianza Fiduciaria<sup>164</sup>.

Se trata de un referente cuantitativo inicial cuya observancia para efectos de la determinación del daño indemnizable el Tribunal estima razonable, pues, además, se acompaña con datos objetivos que sobre la misma cuestión obran en otras pruebas del proceso, como ocurre con el dictamen pericial elaborado por Crearcimientos, que pone de presente la utilización de los recursos del Patrimonio Autónomo Subyacente desde el 1° de julio de 2018 hasta el 30 de junio de 2020 -superada la fase antecedente que para esos efectos la experticia delimita entre el 1° de marzo y el 30 de junio de 2018-, en la cual los anticipos girados directamente a OIU, con recursos provenientes de un aporte del Fideicomitente ADAR PARTNERS y, principalmente, de los desembolsos del “*Crédito Constructor Davivienda*” -primero- y de los efectuados por Leasing Bancolombia -después- se ubican en el orden de \$4.505.000.000<sup>165</sup>.

Sin embargo, la extensión del daño causado a las Convocantes se proyecta en función del daño patrimonial integralmente causado al PATRIMONIO AUTÓNOMO DERECHOS BOHO MARKET en su calidad de Fideicomitente del FIDEICOMISO BOHO MARKET CALLE 18, el cual, según también lo expresan las sociedades BTG en el remate de la prenombrada comunicación del 5 de agosto de 2020, “*asciende a la suma de cuatro mil ochocientos millones de pesos M/L (COP4.800.000.000)*”, el mismo que, por supuesto, impacta directamente el valor económico de los derechos fiduciarios correspondientes. Así las cosas, el Tribunal encuentra que, aunque sin perder de vista el valor nominal aportado al Patrimonio Autónomo de Inversión por cada una de las Convocantes, límite superior del daño emergente reclamado, la determinación del monto del perjuicio indemnizable por el aludido concepto debe establecerse, en términos coherentes con la consideración del nexo causal requerido, teniendo en cuenta el referente cuantitativo antes indicado de \$4.800.000.000, y aplicando a dicho referente, el porcentaje de participación de cada una de las Convocantes como inversionista del proyecto, según aparece en las rendiciones de cuentas realizadas por BTG Fiduciaria<sup>166</sup>, así: PANERAI, 16.35%; INLAMM, 8.18%;

164 Prueba documental 1.19 aportada por BTG Fiduciaria con la contestación de la demanda.

165 Páginas 35 a 46 del dictamen pericial.

166 Aportadas con su escrito de contestación de la demanda.

COURCELLES, 8.17%; JARAMILLO BUSTAMANTE, 8.18%; e INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ, 8.19%. Para efectos de la cuantificación del daño indemnizable, respecto de las cuatro últimas se tomará unificadamente el 8.18%.

Entonces, el valor del daño indemnizable que se ha de reconocer a favor de cada una de las Convocantes, a título de daño emergente, asciende a la suma de \$784.800.000 en cabeza de PANERAI, y de \$392.640.000, en cabeza de cada una de las sociedades restantes -INLAMM, COURCELLES, JARAMILLO BUSTAMANTE e INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ. El total de las condenas, por concepto de capital, asciende a \$2.355.360.000.

Se advierte, en consecuencia, que el daño indemnizable resulta tener una cuantía algo inferior al valor de los aportes efectuados al Fideicomiso de Inversión -límite superior del daño reclamado-, lo que ninguna perplejidad jurídica genera pues la situación del activo patrimonial de las Convocantes, razonablemente asociado a su participación en el Fideicomiso, estaba expuesto a eventuales contingencias connaturales al esquema negocial adoptado para el desarrollo del proyecto, desde luego conocido y consentido por los inversionistas, con involucramiento de hasta tres niveles de fiducias y modalidades diferentes de remuneración de las compañías BTG, de modo que, tal como se describe en el dictamen elaborado por Crearcimientos, en el referido Patrimonio Autónomo de primer nivel, en lo que a Fideicomitentes y Beneficiarios se refiere, “i. Con el 90% de los derechos participarían los Inversionistas Independientes”, quienes “Entregarían recursos monetarios por [el] 100% del equity de este fideicomiso”, y “ii. Con el 10% de los derechos participaría la BTG RE INCOME”, quien “No entregaría recursos monetarios al fideicomiso, pero recibiría el 10% de los beneficios como parte de pago por actuar como **‘Delegado del Fideicomiso para la toma de decisiones y gestión de las inversiones en el Fideicomiso Alianza Desarrollador’**. Se anota que inicialmente BTG RE INCOME si entregó recursos de equity, pero vendió su participación al señor Juan Carlos Osorio quedando los derechos como se planteó en este informe anteriormente. Adicionalmente recibiría una remuneración equivalente al 1% E.A. sobre el saldo neto de capital manejados (sic) por el fideicomiso” (la negrilla es del texto).

De otro lado, como antes se precisó, las Convocantes también solicitan el reconocimiento de intereses moratorios, a la máxima tasa mercantil, sobre el daño emergente pretendido, los cuales, conforme se expresa en la pretensión cuarta, se entienden “causados desde la fecha en que cada una de las Convocantes hizo la correspondiente inversión en el Patrimonio Autónomo, hasta la fecha del pago efectivo”.

Para el Tribunal, no tiene discusión que se está en presencia de una obligación de dinero, de naturaleza resarcitoria<sup>167</sup>, cuyo estado jurídico en cuanto a la mora en

---

167 En este sentido, se trata de una obligación dineraria de valor, por oposición a las obligaciones dinerarias meramente nominales, expresadas *ab initio* mediante la suma numérica adeudada.

el pago debe examinarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 1608 del Código Civil, a cuyo tenor:

*“El deudor está en mora:*

1. *Cuando no ha cumplido la obligación en el término estipulado (...).*
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”.*

Con este referente normativo, aplicado al supuesto fáctico que se examina, inexorablemente se evidencia que no es de recibo el planteamiento de la demanda sobre el espectro temporal de la causación de los mismos, pues respecto de la obligación dineraria que se reconoce, la configuración de la mora necesariamente exigiría, cuando menos, la reconvenición judicial que a manera de regla general consagra el ordinal 3. del citado artículo 1608 del C.C., ya que de dicha obligación no podría predicarse ninguno de los supuestos de excepción previstos en los ordinales 1. y 2. del mismo precepto; es indiscutible que en ningún caso se trata de una mera obligación dineraria de restitución del aporte, ni podría decirse -aún si así quisiera verse como ejercicio hipotético- que estaría sujeta a plazo o término, ni expreso ni implícito (eventos consagrados en los ordinales 1., y 2., de la disposición en cuestión), para su cumplimiento. Es sabido que en esta hipótesis de la reconvenición judicial, su estructuración de ordinario se produce con la notificación del auto admisorio de la demanda, tal como explícitamente lo señala el segundo inciso del artículo 94 del Código General del Proceso<sup>168</sup>.

No obstante lo anterior, también es conocido el pensamiento doctrinario y jurisprudencial que, con justificación lógica, tiende a incorporar como requisito para la configuración de la mora del deudor<sup>169</sup>, especialmente en tratándose de obligaciones dinerarias de origen indemnizatorio, la existencia de certeza de la suma líquida<sup>170</sup> del capital adeudado (*in illiquidis non fit mora* – en iliquidez no hay mora), hipótesis a la que se han referido la justicia arbitral, con invocación de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

*“La regla general de estructuración de la mora con la reconvenición judicial, asumiendo que no se presentan las reseñadas hipótesis especiales de los ordinales 1 y 2 del artículo 1608 del Código Civil, tiene a su vez una excepción de perfil diferente, en que se pospone la configuración de la mora para un momento posterior, cuando tiene cabida la aplicación de la máxima según la*

168 Reza este aparte de la norma: *“La notificación del auto admisorio de la demanda (...) produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin (...). Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación”.*

169 Suele hablarse de “presupuesto de la mora”, “presupuesto estructural de la mora”, “presupuesto genético de la mora”.

170 Como referente normativo pertinente vale la pena citar el artículo 424 del C.G.P., cuyo segundo inciso indica: “Entiéndase por cantidad líquida la expresada en una cifra numérica precisa o que sea liquidable por operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas”.

*cual ‘sin liquidez no hay mora’<sup>171</sup>, concebida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás, bajo el entendimiento de que el pago de intereses de mora exige la certeza de una suma líquida de capital (in illiquidis non fit mora). Así, por ejemplo, ya en la década de los años 1930, esa Alta Corporación había manifestado que ‘La mora en el pago sólo llega a producirse cuando existe en firme una suma líquida a cargo del deudor’<sup>172</sup> y que ‘Para poder condenar a intereses era preciso que [la demandada] deudora estuviera en mora, y ello no era posible determinarlo estando la indemnización sin liquidar’<sup>173</sup>. En época posterior, mediante sentencia sustitutiva de julio 10 de 1995, reiteró: “En ese orden de ideas, resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria, supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto este sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que ‘la mora en el pago sólo llega a producirse cuando exista en firme una suma líquida’ (sentencia de casación, 27 de agosto de 1930, G.J. t. XXXVIII, pág. 128)”<sup>174</sup>.*

Estima el Tribunal que en el caso *sub-lite* efectivamente se está en presencia de la hipótesis excepcional planteada, en la que median circunstancias particulares de índole fáctico, sustancial y probatorio que inciden en aspectos medulares de la determinación del perfil específico y el monto concreto del perjuicio indemnizable reclamado, respecto de lo cual, por ejemplo, eran evidentes, para las propias Convocantes, las limitaciones de acceso a la información detallada de lo sucedido en la ejecución del Patrimonio Autónomo Subyacente, insumo requerido para la elaboración de los dictámenes periciales anunciados con la demanda pero aportados en momento posterior ya durante la etapa probatoria<sup>175</sup>, los cuales tenían entre sus varios propósitos, según señala el libelo inicial, “*la acusación de perjuicios, la indemnización y reparación integral que corresponde a las Convocantes por la pérdida de su inversión (...)*”. Bajo estas circunstancias, el Tribunal estima razonable concluir que la mora solicitada tampoco se configura con la reconvencción judicial a que se refiere la previsión del artículo 94 del C.G.P., y que ella sólo causará, a la tasa máxima legalmente permitida en materia mercantil (una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera, como lo señala el artículo 884 del Código de Comercio, versión modificada por el artículo 111 de la Ley 510 de 1990), si ocurriera el evento de no pago de la condena que se impondrá respecto del daño emergente pretendido, desde el momento en que se configure la mora, en los

---

171 Se trata de un escenario jurídicamente excepcional, que debe aplicarse por lo tanto restrictivamente -la regla general sigue siendo la reconvencción judicial-, y que no equivale a la simple oposición o negación del derecho debitado en el proceso como fuente de indeterminación cuantitativa de la obligación.

172 Sentencia de agosto 27 de 1930. G.J. XXXVIII, pág. 128.

173 Sentencia de 2 de diciembre de 1936. G.J. XLIV, pág. 753.

174 Laudo arbitral de 25 de septiembre de 2014 proferido en el asunto de Grupo Pegasus S.A. contra New Global Energy Inc. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

175 La demanda inicial fue presentada en el mes de octubre de 2020; el auto admisorio se profirió el 23 de noviembre de 2020; los dictámenes periciales de parte aportados por las Convocantes fueron aportados a finales de abril de 2021 y sometidos a la respectiva contradicción.

términos de los artículos 1608 -numeral 3.- del C.C. y 94 -inciso segundo- del C.G.P.

Coherente con lo anterior, con el explícito propósito de propiciar la aplicación de reglas como las relativas al pago completo (artículo 1626 y siguientes del Código Civil) y a la reparación integral y la equidad (artículo 16 de la Ley 446 de 1998), el Tribunal considera que las sumas que se reconocerán como perjuicio indemnizable deben indexarse, de conformidad con pautas jurisprudenciales que ubican la naturaleza jurídica de la corrección monetaria en senderos de esa índole<sup>176</sup>, lo que comprenderá el período comprendido desde el 1 de agosto de 2019, época en la que se produce la parálisis del proyecto y, de alguna manera, se consolida -por decirlo de alguna forma- la generación del perjuicio reclamado, hasta el cierre del mes de febrero de 2022, último corte anterior al de la emisión del Laudo. La indexación de la suma de capital a reconocer a cada una de las Convocantes por concepto de daño emergente, se determina y concreta en la siguiente forma.

Se utilizan los denominados precios de empalme suministrados por el DANE en la dirección web <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>. Los índices relevantes para el cálculo son 115,11 para febrero de 2022, fecha de cierre o corte de la indexación, y 102,94 para julio de 2019, considerando que el ajuste se hace a partir del inicio de agosto de dicho año. La relación entre estos dos valores es igual a 1,118224208 que es el factor por el cual se multiplica el daño emergente concedido a cada una de las partes convocantes para su actualización<sup>177</sup> con motivo de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana.

Los resultados se muestran en la siguiente tabla:

CONVOCANTE	VALOR INICIAL	VALOR INDEXADO	INDEXACIÓN
PANERAI S.A.S.	784.800.000	877.582.359	92.782.359
INLAM S.A.S.	392.640.000	439.059.553	46.419.553
COURCELLES S.A.S.	392.640.000	439.059.553	46.419.553
JARAMILLO BUSTAMANTE S.	392.640.000	439.059.553	46.419.553
INVERSIONES OSPINA RAMÍ	392.640.000	439.059.553	46.419.553
<b>TOTALES</b>	<b>2.355.360.000</b>	<b>2.633.820.571</b>	<b>278.460.571</b>

También debe pronunciarse el Tribunal, complementariamente, sobre la declaración solicitada en la pretensión tercera de la demanda en el sentido de que

<sup>176</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias de 18 de marzo de 2003, 12 de agosto de 2005, 14 de diciembre de 2010 y 19 de diciembre 2006. En algunos de los pronunciamientos, acorde la naturaleza jurídica perfilada, también se flexibilizan las cuestiones procesales asociadas al tema, de modo que, por ejemplo, se admite la posibilidad de petición implícita -de distintas maneras- en la demanda, en las que quedarían comprendidos aquellos eventos en el que, tal como ocurre en este caso, se solicitan intereses -remuneratorios o moratorios- cuyas tasas involucran, entre sus componentes, el índice de desvalorización de la moneda por inflación.

<sup>177</sup> Cifra redondeada.

“*las Convocadas son contractual y solidariamente responsables de los perjuicios patrimoniales causados*”, desde luego centrando la atención en la existencia o no de solidaridad, porque ninguna posibilidad de controversia existe en cuanto a la naturaleza contractual de la responsabilidad debatida.

Sobre este particular, algunas reflexiones concretas sirven de sustento para extractar la conclusión correspondiente:

- Es sabido que la referenciación de las obligaciones solidarias va de la mano de la consideración de la opción alterna, alusiva a las obligaciones conjuntas, ambas atinentes a obligaciones de sujeto plural (implícitamente con objeto divisible<sup>178</sup>), reguladas a partir del artículo 1568 -y siguientes- del Código Civil, y con mención puntual -y relevante en abstracto- en el artículo 825 del Código de Comercio. Mientras que en materia civil se presume que son conjuntas, salvo pacto o disposición legal en contrario, en la esfera de los “negocios mercantiles” -así se expresa la norma- se presume la solidaridad pasiva; en punto a su caracterización, en tratándose de las primeras, se habla de objeto divisible y pluralidad de vínculos; en lo que atañe a las segundas, se alude a la unidad de objeto<sup>179</sup> y pluralidad de vínculos.
- Está claro que las condenas que han de imponerse en este proceso tienen origen en el incumplimiento, tanto de BTG Fiduciaria como de BTG Re Income, de obligaciones a cargo de cada una de ellas, ciertamente relacionadas entre sí, pero distintas y separables a partir de sus correspondientes roles y funciones contractuales. Desde este punto de vista, se trata de obligaciones diferentes, respecto de las cuales, no hay pluralidad de sujeto pasivo y, por lo tanto, no es dable considerar la catalogación de obligaciones conjunta o solidarias.
- Entiende el Tribunal que la calificación de existencia o no de solidaridad, en los términos de la pretensión tercera de la demanda (se solicita que se declare que las Convocadas son “*solidariamente responsables de los perjuicios patrimoniales causados*”), debe examinarse respecto de la obligación de pagar las sumas de dinero que se reconocen a título de daño indemnizable, con los respectivos intereses moratorios liquidados en la forma indicada; en ese contexto, ha de condenarse a las Convocadas a pagar a las Convocantes la suma dineraria determinada a favor de cada una de ellas.
- La caracterización y el origen específicos de las condenas que se han anunciado, de un lado comportan el necesario entendimiento de que en forma alguna se impone la obligación a cada Convocada de pagar el perjuicio que se reconoce a cada Convocante (desde luego, está proscrito cualquier eventual entendimiento de doble pago del perjuicio al respectivo acreedor), y del otro, descartan el escenario de compromiso de pago de cada Convocada

178 Tesis mayoritaria -que no unánime- en la doctrina, que el Tribunal comparte.

179 No significa objeto indivisible.

a sólo una cuota o parte de la prestación dineraria adeudada -obligación conjunta-, hipótesis entre otras cosas no factible de establecerse en asuntos del talante del aquí examinado.

- Desde esta perspectiva, el escenario que impera en punto al funcionamiento y efectos de las obligaciones asociadas a las condenas anunciadas es el propio de las obligaciones solidarias -se puede exigir a cualquiera de los deudores el cumplimiento de toda la prestación-, contexto en el que resulta pertinente involucrar, además, la previsión del artículo 2344 del Código Civil -que aunque propio de la regulación de la responsabilidad extracontractual, puede entenderse aplicable, como otros preceptos del mismo linaje como el 2357 *ibídem*, en el ámbito de la responsabilidad contractual para situaciones en que ello sea pertinente-, a cuyo tenor, “*Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa (...)*”.

En línea similar de pensamiento, de alguna forma adaptada al supuesto fáctico y jurídico que en este proceso se presenta, recuérdese la manifestación doctrinaria ya reseñada por el Tribunal:

*“(...) Si en todo caso se llega a la conclusión de que el hecho del demandado fue causa del daño, aun cuando concurren otras causas, dicha persona es responsable de la totalidad del daño, pues en todo caso si no se hubiera realizado la conducta no se hubiese producido el daño. Lo anterior es además conforme al principio que consagra nuestra legislación en virtud del cual cuando hay varios autores del daño los mismos responden solidariamente...En todo caso en derecho colombiano no parece tener ninguna cabida una reducción parcial de la responsabilidad. Si el demandado causó el daño, así haya concurrido una causa extraña a él, debe responder.  
(...)”*

*La solidaridad aplica aun cuando frente a unos autores se invoquen las reglas generales de responsabilidad civil, que suponen la prueba de la culpa, en tanto que frente a otros se invoquen otros hechos generadores de responsabilidad. Igualmente se debería aplicar aun cuando se achaque a una persona la responsabilidad contractual y a otra la extracontractual. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia la solidaridad se funda en un deseo de proteger a las víctimas. Así mismo la doctrina ha fundado la solidaridad en una indivisibilidad del vínculo causal, que impide que cada coautor responda por una parte del daño.*

*Es claro que ambos fundamentos existen no solamente en materia de responsabilidad civil extracontractual, sino también cuando concurren la responsabilidad contractual y extracontractual (...)”<sup>180</sup>.*

---

180 Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “*Causa extraña como eximente de responsabilidad*”, en obra colectiva “Derecho de las Obligaciones”, Tomo III. Ed. Temis (2018), págs. 448 y 454.

Y en palabras de la justicia arbitral, de nuevo con invocación del pensamiento de la Corte Suprema de Justicia:

*“[...] En este litigio, y dada la conformación plural de una de las partes contratantes, el Tribunal debe averiguar si respecto de la obligación de indemnizar los perjuicios causados con los incumplimientos contractuales, las convocadas, de acuerdo con la ley, son o no deudoras solidarias.*

*Para tal efecto, el Tribunal seguirá la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en 2002, en cuanto a las condiciones en las cuales es extensivo a la responsabilidad contractual el principio consagrado en el artículo 2344 del C.C., en virtud del cual “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. (-) Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.*

*La Corte ha señalado que la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 2344 del C.C., es ‘...eficaz para todo tipo de responsabilidad... Por supuesto que para arribar a esta nueva conclusión, vuelve a jugar papel determinante la estructura y el vínculo obligacional que hubo de quedar verificado, porque es la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor... ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido, la que permite hacer el predicamento de solidaridad que antes se expresó...’ (...)”<sup>181</sup>.*

En suma, prosperarán parcialmente, con el alcance indicado, las pretensiones tercera y cuarta de la demanda arbitral; se desestimarán la pretensión quinta, relativa a intereses de mora, conforme también se ha puntualizado en párrafos precedentes.

En cuanto a la pretensión sexta, en la que las Convocantes aspiran al reconocimiento de la suma en que incurrieron para propiciar la celebración de una audiencia de conciliación ante la Cámara de Comercio de Medellín con miras a evitar un litigio arbitral -\$7.598.413-, considera el Tribunal que no tiene vocación de prosperidad pues, ciertamente, no se está en presencia de una disminución patrimonial que sea consecuencia directa e ineludible de los incumplimientos imputados, sino de una situación que se ubica en una decisión de conducta voluntaria y discrecional de cara a un eventual litigio, no imperativa, hasta el punto que la regulación legal del propio proceso arbitral prevé una etapa para ese escenario de la conciliación, como en efecto se agotó durante el presente trámite. Esta pretensión, en consecuencia, se negará.

---

181 Laudo Arbitral de 14 de septiembre de 2010 proferido en el asunto de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. contra Constructora Némesis S.A y Otros. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

## 2.6. PRONUNCIAMIENTO ESPECÍFICO SOBRE LAS PRETENSIONES Y LAS EXCEPCIONES.

Con base en el marco legal y jurisprudencial contentivo de los parámetros conceptuales de referencia, en el marco contractual específico de distintas maneras involucrado en la controversia, en el estudio realizado sobre los incumplimientos imputados en la demanda -a partir de la opuesta posición de las partes- y en el análisis relativo al daño y el nexo causal, con la respectiva orientación decisoria anunciada respecto de cada uno de los incumplimientos imputados y de sus efectos de cara a la responsabilidad patrimonial deprecada, procede el Tribunal ahora a recapitular, en forma sintética, el pronunciamiento que corresponde a las pretensiones incoadas en la demanda y las excepciones formuladas en los escritos de contestación.

### 2.6.1. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

La pretensión primera de la demanda procura la declaración de que *“el 13 de diciembre de 2017, las Convocantes celebraron, en calidad de Fideicomitentes, un Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión con las Convocadas **BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en calidad de FIDUCIARIA, y **BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.**, en calidad de Fideicomitente y de Administrador Designado”* (lo destacado es del texto).

Se trata de una realidad fáctica y jurídica demostrada en el proceso, sobre cuya existencia no hay confrontación entre las partes (tanto BTG Fiduciaria como BTG Re Income no se oponen a esta petición). Se accederá, entonces, a la declaración pretendida.

En la pretensión segunda las Convocantes solicitan que se declare que *“las Convocadas incumplieron las obligaciones contraídas en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, celebrado el 13 de diciembre de 2017 con las Convocantes”*.

Como se señaló al recapitular las conclusiones del Tribunal en esta materia, quedó demostrado en el proceso que tanto BTG Fiduciaria, como BTG Re Income, incumplieron algunas de las obligaciones contractuales a su cargo, según el detalle individualizado que se refleja con ocasión del examen efectuado respecto de las varias imputaciones formuladas en la demanda. Así, se puntualizó que en relación con los incumplimientos “comunes” imputados a ambas Convocadas, el Tribunal encontró que se acreditaron los dos que fueron planteados, referidos a (i) la falta de gestión, control y vigilancia debida y a (ii) la desatención del deber de información, en los términos indicados en esta parte motiva; en relación con los incumplimientos imputados particularmente a BTG Fiduciaria, el Tribunal encontró que no se configuró ninguno de los pregonados, consistentes en (i) la falta en exigir la gestión oportuna del Administrador Designado, (ii) la delegación de funciones inherentes a la Fiduciaria en el

Administrador Designado, intención de limitación de la responsabilidad de aquélla con la designación de éste y supuesto conflicto de interés, y (iii) la desatención del deber de confidencialidad y reserva del Contrato; y en relación con las imputaciones particulares de incumplimientos en cabeza BTG Re Income, el Tribunal encontró que se configuraron los relativos a (i) administrar, suscribir o vigilar, según el caso, los contratos de los cuales el Patrimonio Autónomo sea parte, (ii) instruir a la Fiduciaria sobre todas las cuestiones necesarias para realizar debidamente las actividades relacionadas con la inversión en el Patrimonio Autónomo, (iii) dar instrucciones a la Fiduciaria sobre el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo, (iv) representar al Patrimonio Autónomo en la asamblea y demás mecanismos de participación del Patrimonio Autónomo Subyacente y (v) objetar las rendiciones de cuentas de la Fiduciaria en representación de los Fideicomitentes, mientras que no se configuró el incumplimiento concerniente a (i) instruir a la Fiduciaria sobre los contratos que sea necesario que el Patrimonio Autónomo suscriba.

En consecuencia, se accederá a la declaración de incumplimiento del Contrato de Fiducia Mercantil, con el alcance indicado en la síntesis que acaba de reseñarse.

En las pretensiones tercera, cuarta y quinta de la demanda se solicita, en su orden, (i) la declaración de que las Convocadas son contractual y solidariamente responsables de los perjuicios patrimoniales causados a las Convocantes por el incumplimiento del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, (ii) la consecuente condena a las Convocadas a pagar a las Convocantes las sumas de dinero que al efecto se señalan, por concepto de daño emergente, y (iii) el reconocimiento de los intereses moratorios a la máxima tasa del interés mercantil de esa estirpe sobre el daño emergente solicitado en la petición anterior, con el espectro temporal que para ese propósito propone.

Sobre este particular, ha anunciado el Tribunal (i) que se declarará que las Convocadas son contractual y solidariamente responsables de los perjuicios causados por los incumplimientos incurridos (pretensión tercera); (ii) que se condenará a las Convocadas al pago del perjuicio causado -daño emergente- por los incumplimientos reconocidos, establecido con base en las consideraciones sustanciales y probatorias reseñadas para el efecto, en las cuantías señaladas de \$784.800.000 a favor de PANERAI, y de \$392.640.000 a favor de cada una de las sociedades restantes -INLAMM, COURCELLES, JARAMILLO BUSTAMANTE e INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ, para un total de las condenas, por concepto de capital, de \$2.355.360.000; y (iii) que no se reconocerán intereses moratorios mercantiles sobre la suma liquidada por concepto de daño emergente, cuyo monto será indexado en los términos y con el alcance cuantitativo puntualizado al examinar la determinación del perjuicio indemnizable.

Entonces, se estimarán positivamente las pretensiones tercera y cuarta recién referidas, con el alcance que acaba de recordarse; y se desestimarán la quinta, según recién igualmente se rememoró.

Respecto de la pretensión sexta, relativa a la aspiración de condena al pago de la suma de \$7.598.413, que las Convocantes asumieron con ocasión de la celebración de una audiencia de conciliación ante la Cámara de Comercio de Medellín con el fin de evitar un litigio arbitral, el Tribunal señaló la ausencia de vocación de prosperidad de lo reclamado, pues no se está ante un perjuicio indemnizable, conforme a la concreta explicación suministrada en el apartado en que se abordó ese puntual tópico de la controversia.

El Tribunal se pronunciará en acápite separado sobre el tema de costas -incluidas las agencias en derecho-, al que se refiere la pretensión séptima de la demanda.

#### **2.6.2. EN CUANTO A LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN LOS ESCRITOS DE CONTESTACIÓN.**

En el extremo procesal contrario, BTG Fiduciaria y BTG Re Income se oponen a las pretensiones de la demanda por cuanto, según su dicho, carecen de sustento fáctico y jurídico, salvo, como ya se indicó, la primera pretensión declarativa, concerniente a la celebración del Contrato de Fiducia de Inversión. Y cada una de las Convocadas formula sus propias excepciones, aunque, parcialmente al menos, con planteamientos conceptuales y fácticos similares.

Conviene señalar, como aproximación conceptual en el ámbito del derecho procesal, que en materia de resolución de excepciones de mérito en la sentencia -o laudo-, en rigor solo hay lugar a pronunciamiento particular de fondo, declarándola fundada o infundada, cuando el juzgador está en frente de una verdadera defensa de ese linaje en el sentido técnico jurídico de la expresión, y no cuando lo que argumenta la defensa bajo ese rótulo es la mera oposición -o su sustento- al derecho que reclama el demandante, opción ésta desde luego legítima, pero diferente de aquélla, en la que bastará el pronunciamiento que necesariamente se hace sobre el *petitum*.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido al tema en distintas oportunidades, con un hilo conductor uniforme en lo que se quiere resaltar:

*“Situación esa que ha venido apreciándose a menudo en los trámites judiciales, en los que los juzgadores inadvertidamente pasan por excepción todo lo que el demandado dé en denominar como tal, sin detenerse a auscultar los caracteres que son propios en la configuración de tan específica defensa. En particular no caen en la cuenta de lo impropio que es calificar de excepción la simple falta de derecho en el demandante, lo cual, ‘según los principios jurídicos no puede tener este nombre, porque la falta de acción por parte del actor implica inutilidad de defensa por parte del reo, y aquélla impone la necesidad de la absolución directa sin el rodeo de la excepción’, según viene sosteniendo esta Corporación desde antiguo (XXXII, 202).*

*Débase convenir, entonces, que en estrictez jurídica no cabía pronunciamiento expreso sobre lo que no fue una verdadera excepción, habida consideración de que -insístese- ‘cuando el demandado dice que excepciona pero limitándose, (...) a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción ninguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto’; de donde se sigue que la verdadera excepción difiere en mucho de la defensa común consistente en oponerse a la demanda por estimar que allí está ausente el derecho peticionado; y es claro también que ‘a diferencia de lo que ocurre con la excepción cuya proposición (...) impone la necesidad de que el juez la defina en la sentencia, la simple defensa no requiere una respuesta específica en el fallo final; sobre ella resuelve indirecta e implícitamente el juez al estimar o desestimar la acción’ (CXXX, pag. 19)”<sup>182</sup>.*

[...]

*“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.*

*A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.*

*Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.*

*De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido ‘y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolucón del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen”<sup>183</sup>.*

182 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de junio de 2001, Exp. 6343.

183 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de junio de 2001.

En el asunto *sub-lite*, BTG Fiduciaria formula bajo el rótulo de excepciones de mérito, además de la “genérica”, las que rotula en la siguiente forma: “1. *Normatividad del Contrato de Fiducia de Inversión (Pacta sunt servanda)*”, “2. *Inexistencia de deberes de supervisión de 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*”, “3. *Ausencia del nexo de causalidad entre los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y los perjuicios reclamados por las convocantes en la demanda; inexistencia de solidaridad entre las sociedades convocadas*” y “4. *Hechos de terceros que excluyen la responsabilidad civil contractual de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.*”.

BTG Re Income, por su lado, formula como excepciones las que denomina “1. *CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – DILIGENCIA Y CUIDADO*” y “2. *HECHO EXCLUSIVO DE TERCEROS – MATERIALIZACIÓN DE RIESGOS DE LA INVERSIÓN*”.

Estima el Tribunal que no es necesario a estas alturas de la providencia incluir de nuevo la reseña del desarrollo propuesto en las excepciones formuladas, y que basta con remitir a lo que se ha dejado indicado sobre el particular en apartes precedentes, en especial cuando se hizo referencia a la “*Delimitación de la controversia arbitral y metodología que seguirá el Tribunal para resolverla*”.

La propuesta defensiva planteada en las excepciones formuladas por cada una de las Convocadas, abstracción hecha de los elementos comunes que presentan -por razones obvias y legítimas-, en términos generales corresponde a la oposición a las pretensiones de la demanda, con invocación de las variables y argumentos jurídicos llamados a sustentarla, que apuntan a confrontar la concurrencia de los requisitos exigidos para la configuración de la responsabilidad contractual deprecada -incluidas causales o motivos de exoneración-, de la que derivan los derechos cuyo reconocimiento se reclama en el *petitum* de la demanda. Desde esa perspectiva, no corresponderían a verdaderas “excepciones” a la luz del referente conceptual de índole procesal traído a colación por el Tribunal, lo que conduciría a su desestimación desde esta arista del planteamiento.

Sin embargo, es preciso aclarar que la anterior apreciación no comporta ausencia de pronunciamiento sobre lo planteado bajo el rótulo de los medios exceptivos referidos, pues la rememoración de lo que se ha expuesto a lo largo de esta parte motiva de la providencia deja ver, inequívocamente, que los tópicos esenciales invocados en las “excepciones” formuladas por las Convocadas fueron objeto de consideración y análisis -en lo pertinente- por parte del Tribunal al estudiar las pretensiones incoadas, comprendiendo lo atinente a los incumplimientos imputados y las consecuentes aspiraciones en materia de indemnización de perjuicios, sólo que sin tener la resonancia requerida para evitar las conclusiones

de configuración de la responsabilidad deprecada, anunciadas hasta este momento.

Bajo este contexto, puesto el Tribunal en la tarea de hacer pronunciamiento material sobre las excepciones formuladas por las Convocadas, necesariamente llegaría también a un resultado desestimatorio.

En efecto, cuando BTG Fiduciaria aduce como excepción la “1. *Normatividad del Contrato de Fiducia de Inversión (Pacta sunt servanda)*”, ha de advertirse que fue precisamente el contenido prestacional del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión -contentivo, además, de la figura del Administrador Designado incorporada en la relación jurídica formalizada-, teniendo en cuenta aspectos como su naturaleza, su objeto y su finalidad -vinculada a la celebración y ejecución del Contrato de Fiducia de Administración y Pagos-, lo que condujo al Tribunal, con un entendimiento diferente al planteado por BTG Fiduciaria y BTG Re Income sobre el alcance de sus obligaciones y acerca de la calificación de la actuación surtida durante la ejecución negocial, a la conclusión de que se configuraron algunos de los incumplimientos atribuidos a las Convocadas por falta de la diligencia debida, con virtualidad para generar -independientemente de la medida- el perjuicio patrimonial reclamado, todo lo cual, de paso, descarta la admisibilidad de la defensa propuesta que aboga por la supuesta “2. *Inexistencia (...) 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*”, y de la que esgrime “3. *Ausencia del nexo de causalidad entre los incumplimientos contractuales endilgados a BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y los perjuicios reclamados por las convocantes en la demanda; inexistencia de solidaridad entre las sociedades convocadas*”. Y lo mismo ocurre en relación con lo que BTG Re Income postula con la excepción que denomina “1. *CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – DILIGENCIA Y CUIDADO*”, aseveración que queda desvirtuada con las conclusiones del Tribunal sobre la configuración de incumplimiento contractual por culpa atribuible tanto a la Fiduciaria como al Administrador Designado, apreciada con los estándares legales propios de la responsabilidad en general y de la responsabilidad profesional, a los que se refirió el Tribunal al delinear el marco legal conceptual aplicable al caso.

Tampoco tiene vocación de prosperidad la excepción presentada por BTG Fiduciaria bajo el rótulo de “4. *Hechos de terceros que excluyen la responsabilidad civil contractual de BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.*”, en lo esencial también esgrimida por BTG Re Income con la denominación de “2. *HECHO EXCLUSIVO DE TERCEROS – MATERIALIZACIÓN DE RIESGOS DE LA INVERSIÓN*”, pues tal como se puso de presente con ocasión de la reseña conceptual relativa a la responsabilidad civil contractual, la aceptación del “hecho de un tercero” como eximente de responsabilidad supone, siguiendo las directrices trazadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia invocada páginas atrás, la concurrencia de las condiciones, exigencias o requisitos de la fuerza mayor o caso fortuito -lo que

comprende la imprevisibilidad, la irresistibilidad y excluye la posibilidad de que medie culpa del deudor, además de tener el carácter de causa exclusiva del daño, premisas que ciertamente no se verifican en el caso *sub-examine*, empezando por la presencia de la falta de diligencia de las Convocadas, advertida por el Tribunal. Y como se puntualizó en su oportunidad, a juicio del Tribunal no se materializó con alcance exonerativo ninguno de los riesgos de la inversión asumidos por los Fideicomitentes, en particular los de contraparte, de desarrollo y de construcción, esgrimidos en la defensa de las Convocadas.

No encontró el Tribunal que se hubieren probado hechos constitutivos de excepciones que hubieren de reconocerse oficiosamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 282 del Código General del Proceso.

## 2.7. EL JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso establece, en lo que en este momento interesa al Tribunal, lo siguiente:

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

(...)

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

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

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

Como se observa, la norma consagra la aplicación de una sanción a cargo de quien realiza el juramento estimatorio, cuando lo estimado exceda en un 50% la suma que finalmente resulte probada, o cuando se nieguen las pretensiones de la demanda por falta de demostración de los perjuicios, siendo esto imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

En el asunto *sub-lite*, las Convocantes incluyeron en su juramento estimatorio -objettato en su oportunidad por las Convocadas-, según la versión presentada con ocasión del escrito de subsanación de la demanda, como primer rubro principal, la reclamación del daño emergente por valor de \$2.858.143.867, a lo que agregó la petición de reconocimiento de los intereses moratorios correspondientes en cuantía de \$2.140.262.359, conceptos que corresponden a las declaraciones y condenas pretendidas en la referida demanda.

Conforme se ha anunciado, como consecuencia de los incumplimientos incurridos por las Convocadas, se impondrá la condena al pago de los perjuicios reclamados por concepto de daño emergente, no por la cuantía total pretendida como capital, pero sí en una proporción significativa; y no se accederá a lo solicitado por concepto de intereses moratorios, en razón de consideraciones de orden sustancial asociadas a la no configuración del estado de “mora” requerido para la respectiva causación, sin mediar, en forma alguna, fraude, temeridad o falta de diligencia en la actuación de la parte Demandante, en el entendido de que tales pedimentos, si bien no se acogieron -por las razones expuestas en esta providencia-, no lucen arbitrarios ni temerarios, por lo que no procede ni hay lugar a la sanción consagrada en el citado artículo 206 del C.G.P., teniendo en cuenta, además, los parámetros señalados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-157 de 2013, C-279 y C-332 de 2013.

## **2.8. CONDUCTA DE LAS PARTES**

La frase final del primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso, establece que *“El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”*.

En consecuencia, y a los fines de la disposición antes citada, el Tribunal pone de presente que:

- No tiene reparo sobre la conducta procesal de las Convocantes, de las Convocadas, ni de sus apoderados, quienes observaron pautas adecuadas de conducta a todo lo largo del proceso Arbitral.
- Ambas partes actuaron a lo largo del proceso con apego a la ética y al profesionalismo que era esperable de ellos.
- El Tribunal deja constancia del comportamiento ejemplar de todos los que intervinieron en las diferentes etapas del proceso, e informa del ambiente de colegaje y caballerosidad demostrados en el desarrollo del proceso.

### CAPÍTULO TERCERO – COSTAS

Previo señalamiento en el artículo 361 del C.G.P. acerca de que “*Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho*”, el artículo 365 *ibídem* dispone lo siguiente:

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

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...).*
- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*  
*(...)*
- 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*  
*(...)*
- 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.*

A partir de esta directriz normativa, teniendo en cuenta el resultado del presente trámite en materia de pretensiones -prosperan parcialmente las Demandantes-, así como en materia de excepciones -sin prosperidad de las propuestas por las Demandadas-, y la apreciación integral cualitativa del desenlace del litigio, el Tribunal estima que hay lugar a una condena parcial en cuanto a las costas del proceso, concretada de modo tal que las Convocadas, además de asumir las propias, deben reconocer el 50% de las incurridas por las Convocantes.

El numeral 9. del recién citado artículo 365 del C.G.P. dispone que “*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”, norma que aplicada al presente asunto impone la verificación en el expediente de las expensas y gastos asumidos por las Convocantes en el curso del proceso, verificación que arroja el siguiente resultado:

<b>CONCEPTO</b>	<b>VALOR</b>
Honorarios de los árbitros (50%)	\$111.000.000
Honorarios de la Secretaria (50%)	\$18.500.000
Gastos de Administración Centro de Arbitraje (50%)	\$18.500.000
Otros Gastos (50%)	\$5.000.000
<b>TOTAL</b>	<b>\$153.000.000</b>

La suma total indicada, esto es, CIENTO CINCUENTA Y TRES MILLONES DE PESOS M/L (\$153.000.000), que corresponde a las expensas o gastos propiamente dichos, será pagada por la parte Convocada en una proporción de 50%, según se indicó con anterioridad,

para un total de SETENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$76.500.000).

En relación con las agencias en derecho, rubro que igualmente hace parte de las costas, el Tribunal, atendiendo los criterios establecidos al efecto en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con lo previsto por el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura -referentes normativos que se deben tener en cuenta, aunque sin perder de vista las particularidades que en esta materia se presentan en el proceso arbitral-, fija por tal concepto la suma de SETENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M/L (\$74.000.000), de la cual solamente se impondrá condena por el 50% de conformidad con las consideraciones precedentes, esto es, la suma de TREINTA Y SIETE MILLONES DE PESOS M/L (\$37.000.000).

En consecuencia, por concepto de costas -incluidas las agencias en derecho-, en la parte resolutive del Laudo se impondrá la correspondiente condena a favor de las Convocantes y a cargo de las Convocadas por valor de CIENTO TRECE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$113.500.000).

#### **CAPÍTULO CUARTO - DECISIONES DEL TRIBUNAL**

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en Derecho las controversias entre PANERAI S.A.S., INLAMM S.A.S., COURCELLES S.A.S., JARAMILLO BUSTAMANTE S.A.S. E INVERSIONES OSPINA RAMÍREZ S.A.S., como Convocantes, y BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., como Convocadas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, en forma unánime y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

1. Declarar, en los términos indicados en la parte motiva, que el 13 de diciembre de 2017 las Convocantes celebraron, en calidad de Fideicomitentes, un Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión con las Convocadas BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en calidad de FIDUCIARIA, y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., en calidad de Fideicomitente y de Administrador Designado.
2. Declarar que las Convocadas BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. incumplieron algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión celebrado el 13 de diciembre de 2017 con las Convocantes, en los términos y con el alcance señalados en la parte motiva.
3. Declarar que las Convocadas BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. son contractual y solidariamente responsables de los perjuicios patrimoniales causados a las Convocantes como consecuencia del

incumplimiento del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión celebrado el 13 de diciembre de 2017, en los términos y con el alcance señalados en la parte motiva.

4. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenar a las Convocadas BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S. a pagar a las Convocantes las siguientes sumas de dinero, por concepto de daño emergente:
  - A favor de PANERAI S.A.S., la suma de setecientos ochenta y cuatro millones ochocientos mil pesos moneda legal (\$784.800.000).
  - A favor de INLAMM S.A.S., la suma de trescientos noventa y dos millones seiscientos cuarenta mil pesos moneda legal (\$392.640.000).
  - A favor de COURCELLES S.A.S., la suma de trescientos noventa y dos millones seiscientos cuarenta mil pesos moneda legal (\$392.640.000).
  - A favor de JARAMILLO BUSTAMANTE S.A.S., la suma de trescientos noventa y dos millones seiscientos cuarenta mil pesos moneda legal (\$392.640.000).
  - A favor de INVERSIONES OSPINA RAMIREZ S.A.S., la suma de trescientos noventa y dos millones seiscientos cuarenta mil pesos moneda legal (\$392.640.000).

Las sumas anteriores deberán pagarse debidamente indexadas a 28 de febrero de 2022 conforme se indica en la parte motiva, y se determinan así:

- A favor de PANERAI S.A.S., la suma de ochocientos setenta y siete millones quinientos ochenta y dos mil trescientos cincuenta y nueve pesos moneda legal (877.582.359).
  - A favor de INLAMM S.A.S., la suma de cuatrocientos treinta y nueve millones cincuenta y nueve mil quinientos cincuenta y tres pesos moneda legal (\$439.059.553).
  - A favor de COURCELLES S.A.S., la suma de cuatrocientos treinta y nueve millones cincuenta y nueve mil quinientos cincuenta y tres pesos moneda legal (\$439.059.553).
  - A favor de JARAMILLO BUSTAMANTE S.A.S., la suma de cuatrocientos treinta y nueve millones cincuenta y nueve mil quinientos cincuenta y tres pesos moneda legal (\$439.059.553).
  - A favor de INVERSIONES OSPINA RAMIREZ S.A.S., la suma de cuatrocientos treinta y nueve millones cincuenta y nueve mil quinientos cincuenta y tres pesos moneda legal (\$439.059.553).
5. Negar las pretensiones quinta y sexta de la demanda.
  6. Desestimar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, todas las excepciones formuladas por las Convocadas BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S.
  7. Condenar a las Convocadas BTG PACTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y BTG PACTUAL RE INCOME S.A.S., a razón del 50% cada una, a pagar a las Convocantes, en proporción al valor de las pretensiones de la demanda respecto de cada una de ellas,

por concepto de costas, CIENTO TRECE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$113.500.000).

8. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, incluido el de la contribución arbitral.
9. Ordenar la liquidación final de la partida de “Gastos del proceso” y, si a ello hubiere lugar, la devolución de las sumas no utilizadas de dicha partida.
10. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes. Un ejemplar con anotación de ser la primera copia con constancia de ejecutoria y de prestar mérito ejecutivo se entregará a cada una de las sociedades integrantes de la parte demandante.
11. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

Notifíquese y Cúmplase,

El Tribunal,



**FELIPE EDUARDO PINEDA CALLE**

**Presidente**

(Participó por medios virtuales)



**JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ**

(Participó por medios virtuales)



**JUAN ANTONIO GAVIRIA GIL**

(Participó por medios virtuales)

Con aclaración parcial de voto

La Secretaria,



**MANUELA MARTÍNEZ OSORIO**

(Participó por medios virtuales)

## ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto plenamente tanto la parte motiva como la resolutive de este laudo proferido en forma unánime. Pero si bien ello no incide en las decisiones tomadas por el Tribunal, escribo este corto texto, conforme a lo permitido por el último inciso del artículo 38 de la Ley 1563 de 2012 y sus normas procesales complementarias, con el objetivo de expresar, a modo de *obiter dicta*, algunas consideraciones sobre el actuar de los convocantes, como fiduciantes inversionistas o mejor aún, sobre sus omisiones, que no alcanzaron a ser culposas ni a tener relación de causalidad con el daño generado, pero que sí son relevantes mencionar.

Se demostró en el proceso que tanto Fiduciaria BTG Pactual como Re Income son expertos, que se anuncian como tal, en los servicios que ofrecen, la primera como sociedad fiduciaria autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia y el segundo como gran conocedor del mercado de bienes raíces. Este nivel de experticia pudo, y de manera razonable, incrementar la confianza de los convocantes en las compañías contratadas y llevarlos a adoptar cierta conducta pasiva u omisiva durante la ejecución del contrato de Fiducia Mercantil de Inversión que podría ser contradictoria, hasta cierto nivel, con la sofisticación como inversionistas de los convocantes. En efecto, estos últimos son o deportistas que gracias a su éxito profesional de tiempo atrás han podido invertir profesionalmente sus excedentes de ingresos en diferentes mercados o empresas familiares dedicadas a invertir, también de manera profesional, sus recursos, con acceso permanente a la asesoría legal y financiera de primer nivel.

Esa conducta omisiva de los convocantes existió con relación a derechos que la ley y el contrato de Fiducia Mercantil de Inversión les otorgaban: (i) recibir rendiciones de cuentas completas y oportunas, (ii) remover a la sociedad Fiduciaria o al Administrador Designado, y (iii) convocar asamblea de fideicomitentes. Cada uno de estos tres puntos se explica a continuación.

Es cierto, y así quedó probado además de mencionado en otro aparte de este laudo, que los informes emitidos por Re Income fueron incompletos, escuetos y casi que una copia de los reportes emitidos por Alianza Fiduciaria. Pero si bien los convocantes indagaron en algunas pocas oportunidades por el estado del proyecto y por las causas de los retrasos, también es cierto que estos fiduciantes no exigieron formalmente su complementación ni formularon oficialmente glosas.<sup>111</sup> e su complementación o formulaban glosas. Por ejemplo, Juan Pablo Ángel Arango, representante legal de Panerai S.A.S., acepta no solo su poco entendimiento de ese tipo de estructuras contractuales sino también que, si bien no eran con la periodicidad esperada y se caracterizaban por su poco detalle, sí recibían informes sobre el estado del proyecto, sin que se solicitaran reportes adicionales.

Segundo, y a pesar de que con el tiempo se fueron haciendo evidentes las fallas de gestión de Re Income, y también las de Fiduciaria BTG Pactual, no existió intención alguna de parte de los convocantes, al menos que haya quedado documentada o de la cual haya evidencia en los testimonios, de remover al Administrador Designado o de cambiar de

compañía fiduciaria para el patrimonio autónomo de primer nivel. Sobre el particular, eran aplicables (i) la cláusula 5.4 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión que permitía tal remoción del Administrador Designado y su reemplazo por la persona elegida para tal fin o por el fideicomitente de mayor participación en caso de falta de consenso y (ii) al tener Re Income ciertas funciones propias de un mandato mercantil, el artículo 1279 del Código de Comercio, según el cual el mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero. Aunque en este caso dicho interés de Re Income sí existía, por la comisión que devengaba, la remoción habría sido posible por justa causa. Las justas causas mencionadas por el Contrato, como dolo o culpa grave o declaración por parte de un tribunal de arbitramento del incumplimiento de las funciones como Administrador Designado podrían haber sido meramente enunciativas, debiendo adicionarse a ellas cualquier otra causal con fundamento legal, como la falta de gestión, vigilancia o control adecuado sobre el actuar de Alianza Fiduciaria y/o de OIU. De manera similar, la cláusula 6.4 también permitía a los fiduciantes remover a la sociedad fiduciaria BTG Pactual.

Tercero, en los interrogatorios, declaraciones de parte y testimonios practicados los convocantes suelen quejarse de que casi nunca los convocaban a una asamblea de fideicomitentes del patrimonio autónomo de primer nivel.<sup>[2]</sup> Solo se refieren a un intento de asamblea, en junio de 2020, cuando el daño ya era una realidad, a la que decidieron no ir y que por lo tanto fracasó por falta de quórum,<sup>[3]</sup> además de posiblemente otra posible reunión más avanzado ese año 2020, aunque la memoria de los testigos no es nítida sobre ese tema.<sup>[4]</sup> Una cosa es ir y votar en contra de las propuestas que presenten la fiduciaria BTG Pactual o el Administrador Designado; otra distinta, que señala cierta indiferencia o apatía, es ausentarse, independientemente de si por sí solos, estos convocantes hubieran contado o no con las mayorías necesarias para tomar decisiones en tales reuniones.

Al suscrito le resulta extraña esta queja de la ausencia de citaciones a asambleas, sobre todo recordando que los fiduciantes, que también eran beneficiarios, tienen ciertas facultades que pueden ejercer en cualquier momento en virtud de las normas que rigen los contratos de fiducia mercantil. El fiduciario es un intermediario profesional, y el Administrador Designado una especie de mandatario, pero los “dueños” del negocio, al menos en sentido económico, son los propios fiduciantes y beneficiarios.

En tal sentido, el artículo 1235 del Código de Comercio (numerales primero y cuarto) señala que el beneficio, además de los derechos consagrados en el contrato y en la ley, puede “[e]liger al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas” y “[p]edir al Superintendente Bancario [Financiero] por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino.” Esto último, pero ya como potestad del juez competente, es reiterado por el artículo 1239. A su vez, los numerales segundo y cuarto del artículo 1236 del mismo Código establecen que los fiduciantes pueden pedir la remoción del fiduciario y nombrar su sustituto, cuando a ello haya lugar, además de exigir rendición de cuentas. La Sección 11.1 del Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión otorga a los fiduciantes unos derechos similares.

El Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión reitera estas facultades de los fiduciantes. Sus cláusulas 6.2 y 6.3 indican que un número de fiduciantes que represente al menos el 30% de los derechos fiduciarios podía haber convocado una asamblea en cualquier momento, pudiendo deliberar con el 51% de los Derechos Fiduciarios y aprobarse las decisiones por mayoría simple. Estas asambleas pudieron convocarse y celebrarse, por ejemplo, para una rendición detallada de cuentas de la Fiduciaria BTG Pactual y también del Administrador Designado, o para la remoción de aquel o de este. Pero tal convocatoria nunca ocurrió. La prueba testimonial es clara al demostrar que ni en 2018 ni en 2019, épocas anteriores a la pandemia y a las cuarentenas, hubo asambleas. En sociedades mercantiles por acciones es común que haya al menos una asamblea al año. Hasta cierto punto, el negocio aquí evaluado funcionaba como una “sociedad” estructurada a través de un contrato de fiducia, en el que los fiduciantes actuaban como “accionistas” y Fiduciaria BTG Pactual y Re Income como coadministradores. Suena extraño entonces que a los fiduciantes no les haya interesado convocar asambleas ni que se hayan preocupado por su ausencia durante 2018 y 2019.

A pesar de lo anterior, y sin perjuicio de la asunción por parte de los convocantes de un riesgo fiduciario en un negocio jurídico de cierta complejidad, las omisiones en su actuar por parte de tales convocantes no superaron el umbral requerido como para haber contribuido de manera relevante al daño causado. Así, tales fueron inocuas para la generación del daño, que en este laudo se atribuye exclusivamente a las compañías convocadas o, en otras palabras, la gravedad de la conducta pasiva de Fiduciaria BTG Pactual absorbe, subsume o vuelve irrelevante las omisiones de los inversionistas convocantes.

Este razonamiento es coherente con la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia, la cual en Sentencia del 23 de septiembre de 2021, magistrado ponente Álvaro García Restrepo, donde se indicó (subrayas propias):

*La aplicación de la “compensación de culpas”, como con cierta impropiedad se ha “denominado la figura contemplada en el artículo 2357 del Código Civil (...) debe ubicarse en el marco de la Causalidad y por ende, refiere a la coexistencia de factores determinantes del daño, unos atribuibles a la persona a quien se reclama su resarcimiento y otros a la propia víctima. Por ello, no es suficiente que al perjudicado le sea atribuible una culpa, sino que se requiere que él con su conducta, haya contribuido de forma significativa en la producción del detrimento que lo aqueja, independientemente de si su proceder es merecedor o no de un reproche subjetivo o, si se quiere, culpabilístico (...)”.*

Para más adelante afirmar (subrayas propias):

*“La Corte, en tiempo ya algo lejano, doctrinó que “(...) para que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código Civil no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño, pues el criterio jurisprudencial en torno a dicho fenómeno es el de que para deducir responsabilidad en tales supuestos “... la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la*

actividad, que entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido sino se hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas (...)".

Llama la atención que ninguno de los apoderados de las partes convocantes hubiera hecho alusión a la posible incidencia, aquí negada, entre las omisiones de las convocadas y el daño generado. En cualquier caso, el que tales omisiones no hayan alcanzado a tener relevancia jurídica para la determinación del daño, de conformidad con la parte motiva y resolutive del presente laudo, no depende de lo que hayan alegado los apoderados de las partes, sino de las normas vigentes y de como se aplican estas a los hechos del proceso.

Eso sí, no puede endilgarse responsabilidad a los fiduciantes y convocantes por una supuesta ausencia o incumplimiento de su carga de mitigar daños. Tanto BTG Pactual como Re Income, indicaron, durante la práctica de pruebas, su sorpresa cuando en 2020, ya conociéndose la situación calamitosa del fideicomiso de segundo nivel, los fiduciantes se negaron a hacer más llamados de capital y a aceptar las propuestas de reconversión del proyecto. Para el Tribunal es entendible, y jurídicamente válido, que los fiduciantes convocantes se hayan negado a juntar dinero bueno (el adicional que se negaron a invertir) con dinero malo (el ya perdido). En otras palabras, no puede exigirse mitigar un daño cuando tal conducta implica arriesgar dineros cuya probabilidad de recuperación en ese momento era claramente baja, dados los antecedentes ya conocidos con OIU y Alianza Fiduciaria. Tal conducta sería ilógica, a todas luces. Por el contrario, las medidas de mitigación que deben tomar las víctimas son aquellas que luzcan a priori razonables para evitar la extensión y propagación del daño original, lo que ocurre cuando su costo esperado es inferior a las pérdidas adicionales de no incurrirse en este. No comparto, así, los argumentos esgrimidos por el apoderado de Re Income en sus alegatos de conclusión que sugieren que las sociedades convocantes habrían dejado de mitigar daños al no participar en la implementación de estrategias de salvamento del proyecto.

De otro lado, y con relación a los intereses de mora, el suscrito comparte los argumentos del Tribunal que llevaron a su desestimación en este caso. Además de ellos, se aprovecha esta aclaración para agregar que, financieramente, los intereses de mora serían un premio injustificado para los convocantes, al posiblemente dejarlos en una situación mejor a la que hubieran estado en caso de cumplir el contrato según lo estipulado, es decir, con unos rendimientos superiores a los que se habrían obtenido.

Medellín, 10 de marzo de 2022.

Juan Antonio Gaviria Gil

Árbitro

[1] Véase, por ejemplo, lo afirmado por Juan Pablo Ángel Arango, representante legal de Panerai S.A.S., en respuesta al interrogatorio de parte (pregunta 14), aceptando haberse enterado y preocupado por los retrasos, pero sin que esa demora implicara una acción que fuese más allá de unas llamadas o preguntas a los asesores de BTG..

[2] Véase, por ejemplo, la declaración de parte de Juan Pablo Ángel Arango, representante legal de Panerai S.A.S., quien confiesa no recordar ninguna asamblea a la que hubiese sido citado. En igual sentido, y al rendir su declaración de parte, el señor Mauricio Molina, representante legal de INLAM S.A.S., afirmó (subrayas propias): *“fueron muy diligentes para cobrarme mi plata, pero cero diligentes para darme informes, para citarnos a asambleas, para tomar decisiones que ya están en el caso y que están muy expuestas que ellos tomaron arbitrariamente, sin tener en consideración nosotros los socios que éramos supuestamente el 80% de este patrimonio, y nunca nos llamaron a una asamblea, nunca tomaron una decisión en conjunto con nosotros....”*

[3] Véase declaración de Gonzalo Restrepo, representante legal de Courcelles S.A.S., en la cual admite recordar haber sido citado a una asamblea *“hace poquito”*, y luego de conocida la calamidad financiera, pero en la cual no se quiso participar.

[4] El testigo Sebastián Palacio Ojalvo confiesa que, con respecto a una asamblea en la que se iba a discutir el contrato de leasing con Bancolombia, Courcelles S.A.S. se abstuvo de tomar cualquier decisión, considerando que eso era del resorte de BTG.

[5] Véase la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 18 de noviembre de 1940 y la Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 5 de junio de 1976, ambas en el sentido de que quien ha aceptado o asumido un riesgo no puede luego quejarse del perjuicio generado.

[6] Los alegatos de conclusión de Re Income así lo advierten al afirmar, con lo que concuerda el Tribunal, que *“en el proceso quedó establecido que las sociedades demandantes son sociedades comerciales dedicadas de forma profesional a las inversiones inmobiliarias y, además, contaron con asesoría jurídica especializada, previo a su vinculación al Proyecto. Efectuada la revisión de los respectivos documentos contractuales por sus asesores, algunos de los demandantes elevaron inquietudes y comentarios y otros simplemente confesaron que sus asesores no tenían.”*

[7] Sobre la interpretación de este artículo, véase la sentencia del 13 de mayo de 2019 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco, radicación n.º 05001 31 03 009 2009-00447 01 (*“[E]sta Corte –al igual que la mayor parte de la doctrina contemporánea– ha sostenido desde hace varios años que la reducción de la indemnización prevista en el artículo 2357 del Código Civil se valora en términos de “coparticipación causal”, es decir que se determina con base en criterios de imputación del hecho y no de “compensación de culpas” como ocurría en el pasado.”*) Véanse también sentencias de la misma sala del 16 de diciembre de 2010, expediente 11001-3103-008-1989-00042-01, y del 30 de septiembre de 2015, radicado 2005-00174-01.