

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AGORA FINANCIAL CORP.**

vs.

FOCUS CORP.

LAUDO

En Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días del mes de agosto de dos mil ocho (2.008), previa citación en debida forma, se reunió en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el tribunal de arbitraje convocado para dirimir las controversias surgidas entre **AGORA FINANCIAL CORP. y FOCUS RESOURCES CORP.**, integrado por el Arbitro Único, Dr. GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, para proferir el laudo en derecho que pone fin a este trámite. Actuó como Secretaria, la doctora EDITH C. CEDIEL CHARRIS.

El presente laudo se profiere en derecho, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares.

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES DEL PROCESO

I. EL PACTO ARBITRAL.

Las partes, en el documento Anexo a la oferta de servicios financieros presentada el 8 de septiembre de 2005 por Ágora Financial Corp, en adelante AGORA, y aceptada por Focus Resources Corp, en adelante FOCUS, el 9 del mismo mes y año (folios 15 y 16 del Cuaderno de Pruebas No. 1), acordaron bajo la modalidad de cláusula compromisoria un pacto arbitral, en el que se comprometieron a someter a la decisión de un tribunal de arbitramento las diferencias surgidas entre ellas derivadas del contrato, cuyo texto es el siguiente:

"9.- RESOLUCION DE CONFLICTOS ARBITRAJE.

Ágora y el Contratista se comprometieron a intentar resolver de buena fe cualquier conflicto o reclamación derivados del Contrato y del presente Anexo o de los términos y condiciones de negociación establecidos en dichos

documentos, o relativos a los mismos, con diligencia, y mediante negociaciones que tendrán lugar entre los altos directivos del Contratista y los de Ágora. Si la controversia no se resolviera mediante la negociación, el conflicto se someterá expresa e irrevocablemente a arbitraje.

Cualesquiera litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultante de la ejecución o interpretación del Contrato o del presente Anexo, o relacionado con los mismos, directa o indirectamente, que se sujetará a las siguientes reglas:

- a. El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros nombrados uno (1) por cada parte y el tercero será escogido dentro de una lista que acuerden las partes de la lista de árbitros de la "ICC" (Internacional Chamber of Comerse). Si las partes no pudieran llegar a un acuerdo dentro de los quince (15) días siguientes al momento en que una de las partes le haya pedido a la otra la convocatoria del Tribunal, los árbitros serán nombrados por la ICC.*
- b. La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por la ICC.*
- c. El fallo del Tribunal será en Derecho.*
- d. El Tribunal sesionará en Miami y se desarrollará en lengua inglesa.*
- e. Si alguno de los términos o condiciones del Contrato aparecieren idiomas diferentes, prevalecerá la versión en español.*

Dicho acuerdo fue modificado por las partes, mediante Contrato de Compromiso suscrito el 10 de septiembre de 2007, en los siguientes términos (folios 1 y 2 del Cuaderno de Pruebas No. 1):

"CONSIDERANDO

- 1. Que entre las partes se celebró el contrato de prestación de servicios de banca de inversión (en adelante el "Contrato") mediante el cual Ágora se obligó a prestarle asesoría de banca de inversión a Focus, y esta última se obligó a remunerar a Ágora por dicha asesoría en los términos de la oferta presentada por Ágora de fecha 8 de septiembre de 2005, aceptada por Focus en septiembre 9 de 2005, términos y condiciones que fueron parcialmente modificados por mutuo acuerdo entre las Partes en el año 2006;*
- 2. Que han surgido diferencias entre las Partes en relación con la existencia de la obligación de pagar la comisión de éxito pactada en el Contrato como parte de la remuneración a favor de Ágora:*
- 3. Que es la intención de las Partes modificar el pacto arbitral contenido en el Contrato, de tal manera que las diferencias surgidas entre ellas sean dirimidas mediante un trámite arbitral, por un arbitro único escogido de común acuerdo entre las Partes, quien sesionará en Bogotá, Colombia, y decidirá en derecho;*
- 4. Que en consecuencia, las Partes celebran el contrato de compromiso contenido en las siguientes*

CLAUSULAS

1. *Las partes han acordado nombrar, de común acuerdo, al Dr. Gilberto Peña Castrillón, quien ya ha sido notificado y ha aceptado la designación, para que ejerza la función de árbitro único.*
2. *En el evento de que, por cualquier circunstancia, el Dr. Gilberto Peña Castrillón no pueda actuar en calidad de árbitro, y sólo si las Partes no designan un nuevo árbitro de mutuo acuerdo, las Partes acuerdan que será el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá quien designará el árbitro único de acuerdo con su reglamento.*
3. *El arbitraje será de naturaleza legal. En consecuencia, el trámite arbitral se sujetará a lo dispuesto por la legislación colombiana en relación con la materia y se adelantará en la sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de la ciudad de Bogotá.*
4. *Las partes fijan, de común acuerdo entre ellas y con el árbitro único, unos honorarios de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) para el árbitro único y de veinticinco millones de pesos (\$25.000.000) para el secretario del tribunal, quien será designado por el árbitro único. Las partes pagarán estos honorarios por partes iguales y se atenderán a la decisión del árbitro único sobre su eventual reembolso a favor de la parte que salga victoriosa.*
5. *Los gastos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá se pagarán de acuerdo con las tarifas de dicho centro, Las partes pagarán estos gastos por partes iguales y se atenderán a la decisión del árbitro único sobre su eventual reembolso a favor de la parte que salga victoriosa.*
6. *El fallo será en derecho.*

GARANTES DE ALGUNAS OBLIGACIONES SURGIDAS DEL PRESENTE COMPROMISO

En virtud de la relación comercial y financiera que existe entre las sociedades Gerdau S.A ("Gerdau") y Focus, mediante la suscripción del presente documento Gerdau se obliga solidariamente con Focus al pago de todas las sumas de dinero que Focus sea condenada a pagar a favor de Ágora en el laudo que ponga fin al referido trámite arbitral, en el evento de que en dicho laudo se condene a Focus.

Por su parte, Rafael Rivas, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.260.944 de Bogotá y Armando Montenegro identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.250.233 de Tunjuelito, se obligan solidariamente con Ágora al pago de las costas del proceso, en el evento de que en el laudo que ponga fin al mismo se condene a esta última al pago de dichas costas".

II. CONVOCATORIA, CONFORMACIÓN E INSTALACION DEL TRIBUNAL Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR.

1. Las partes mediante contrato de compromiso suscrito el 10 de septiembre de 2007, nombraron de común acuerdo al doctor GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN como árbitro único, quien aceptó tal designación, tal y como consta en el citado compromiso, visible a folios 1 y 2 del Cuaderno de Pruebas No. 1.
2. El 31 de enero de 2008, con fundamento en el pacto arbitral transcrito, la sociedad panameña AGORA, mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitramento pactado con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben más adelante (Folios 1 al 30 del Cuaderno Principal).
3. El 21 de febrero de 2008 se llevó a cabo la audiencia de instalación, en la que el tribunal de arbitramento profirió el Auto No. 1, mediante el cual se declaró legalmente instalado, nombró a la doctora Edith Constanza Cediell Charris como Secretaria, fijó como lugar de funcionamiento y secretaría la sede el Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, admitió la demanda arbitral y, como consecuencia de lo anterior, corrió traslado a FOCUS del auto admisorio en los términos del artículo 428 del C. de P. C.. Asimismo el tribunal en la citada audiencia, reconoció personería a los apoderados de la partes, solicitó a la convocada probar su existencia y representación legal y decretó la suspensión del proceso hasta el 11 de marzo de 2008. (folios 55 a 57 del Cuaderno Principal).
4. El 26 de febrero de 2008, tomó posesión la secretaria del tribunal (Acta No. 2, Folio 61 del Cuaderno principal), quien mediante oficio No. 1 de fecha 6 de marzo de 2008, dio aviso de la instalación de este tribunal a la Procuraduría General de la Nación (oficio radicado el 7 de marzo de 2008, Folio 62 del Cuaderno Principal).
5. El 25 de marzo de 2008, estando dentro del término legal, la convocada por conducto de apoderado presentó escrito de

contestación de la demanda. En dicho escrito aceptó unos hechos y negó otros, se opuso a las pretensiones de la parte convocante y solicitó al tribunal condenarla en costas (Folios 63 a 81 del Cuaderno Principal).

6. El 2 de abril de 2008, el tribunal de arbitramento mediante Auto No. 2 ordenó tener por contestada la demanda, correr el traslado de las excepciones de mérito propuestas a partir del 4 de abril de 2008 y solicitó a ambas partes aclarar si las sociedades que se mencionan indistintamente en este proceso como parte convocada, esto es, sociedad Focus Corp y la sociedad Focus Resources Corp son expresiones sinónimas referidas a un mismo ente societario. Dicho auto fue notificado a las partes en esa misma fecha (Acta No. 3, folios 84 a 87 del Cuaderno Principal).
7. El 10 de abril de 2008, AGORA recorrió el traslado mediante memorial presentado por el apoderado en el que solicitó el decreto y práctica de nuevas pruebas. Dentro de ese mismo término las partes aclararon e indicaron que las sociedades Focus Corp y Focus Resources Corp son expresiones sinónimas referidas a los mismos entes societarios indicados por el Tribunal (Folios 88 a 92 del Cuaderno Principal).
8. El 10 de abril de 2008, el tribunal mediante Auto No. 3 notificado a los apoderados al día siguiente, convocó a las partes para el 17 de abril del mismo año, con el fin de adelantar la audiencia de fijación de honorarios de árbitro y secretaria y gastos del proceso (Acta No. 4, folios 97 y 98 del Cuaderno Principal).
9. El 15 de abril de 2008, la secretaría radicó en la Procuraduría General de la Nación el Oficio No. 002 mediante el cual solicitó al Ministerio Público indicar si intervendría en el proceso arbitral y envió copia de la demanda y de la contestación de la misma (Folio 101 del Cuaderno Principal). El Ministerio Público dio respuesta al mencionado oficio mediante comunicación No. 660 en la que informó que el Dr. Jaime Caballero Whitman, Procurador judicial II, había sido designado para intervenir en el presente proceso (Folio 104 del Cuaderno Principal).

10. El 17 de abril de 2008, se dio inicio a la audiencia de fijación de honorarios de árbitro y secretaria y gastos del proceso, la que fue suspendida por solicitud de ambas partes y convocada nuevamente para el 23 de abril de 2008 (Folios 102 y 103 del Cuaderno Principal). Dicha decisión obra en el Auto No. 4, notificado en audiencia a los apoderados de las partes y al Ministerio Público mediante oficio No. 003 radicado en esa entidad el 22 de abril de 2008 (Folio No. 105 del Cuaderno Principal).
11. El 23 de abril de 2008, el tribunal mediante Auto No. 5, fijó las sumas por concepto de honorarios del árbitro y de la secretaria, gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje, gastos del proceso y protocolización del laudo. Las sumas decretadas fueron entregadas por las partes al Presidente en las proporciones de ley y dentro de la oportunidad señalada para el efecto (Acta No. 6. folios 106 a 109 del Cuaderno Principal). Copia de esta providencia fue remitida el 24 de abril de 2008, mediante oficio No. 004, al Delegado del Ministerio Público (Folios 110 del Cuaderno Principal).
12. El 21 de mayo de 2008, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, y por no existir ánimo de avenimiento alguno entre las partes, el tribunal mediante Auto No. 6 la declaró fracasada. Surtido lo anterior y en la misma fecha, se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite en la que el tribunal, mediante Auto No. 6A, declaró su competencia para conocer y decidir la controversia y causado el primer contado de honorarios del árbitro y de la secretaria. Asimismo el tribunal aceptó la renuncia de ambas partes al término adicional que confiere el artículo 101 parágrafo tercero del C. de P. C para modificar las solicitudes de pruebas y, mediante Auto No. 7 profirió el auto de pruebas del proceso (Acta No. 7. folios 111 a 128 del Cuaderno Principal).

III. SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y DE SU CONTESTACION.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 304 del C. de P. C. y para mejor comprensión de las controversias planteadas, se consigna a

continuación una síntesis de la demanda que dio origen al presente proceso arbitral y de su contestación:

1. Hechos en que se fundamenta la demanda

Señala la parte convocante, como fundamento fáctico de la demanda, los HECHOS, que se resumen así:

- 1.1 En los Hechos Nos. 1 a 5, informa que a mediados del año 2005 el Gobierno Nacional decidió vender las acciones de Acerías Paz del Río (en adelante, APDR) de propiedad del Instituto de Fomento Industrial en Liquidación ("IFI") y del Ministerio de Hacienda, que equivalían al nueve punto catorce por ciento (9.14%) del total de las acciones en circulación de APDR. Para tal fin contrató, en el mes de agosto del 2005, a la firma Latinvestco S. A. como banquero de inversión, con el fin de que lo asesorara en la venta de su participación accionaria en APDR.
- 1.2 Por su parte el Grupo Gerdau de Brasil, por intermedio del señor Carlos Petry (GERDAU S. A.), solicitó a AGORA presentar una propuesta de servicios de banca de inversión, encaminada a que esta firma asesorara a GERDAU S.A. y a otras empresas del Grupo GERDAU, en la adquisición de las acciones de la sociedad APDR que el Gobierno Nacional estaba vendiendo, propuesta que por solicitud de GERDAU S. A debía dirigirse a la sociedad FOCUS. Dicha oferta de servicios fue remitida por AGORA el 8 de septiembre de 2005, sociedad que a su vez exigió una carta de garantía o "*comfort letter*" en la que GERDAU S. A se hiciera responsable de las obligaciones asumidas por FOCUS. Esta carta fue otorgada y remitida el 11 de enero de 2005, según afirma la convocante en el Hecho No. 14.
- 1.3 El 9 de septiembre del 2005, FOCUS aceptó de manera incondicional e irrevocable la oferta, en los términos y condiciones en ella consignados, lo que significa que en esa fecha quedó perfeccionado el contrato de prestación de servicios de banca de inversión.

- 1.4 Afirma la convocante que en el mencionado contrato las partes pactaron que la remuneración tendría dos componentes: un monto fijo y una comisión de éxito. El monto fijo se acordó en ocho mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$8.000) mensuales, durante los primeros tres (3) meses de asesoría, y cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$5.000) mensuales durante los segundos tres (3) meses de asesoría. La comisión de éxito se acordó en el uno por ciento (1%) del monto de la transacción, es decir, el uno por ciento (1%) de la suma pagada por la sociedad o sociedades del Grupo GERDAU que adquirieran acciones de APDR, comisión que en todo caso *"tendría un valor mínimo de cuatrocientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$400.000)"*. (Hechos Nos. 7 a 9)
- 1.5 Destaca igualmente la convocante que para la fecha en que se celebró el contrato entre ÁGORA y FOCUS las acciones de APDR que el Gobierno Nacional estaba interesado en vender eran equivalentes al 9.14% de las acciones en circulación, y que las mismas tenían para esa fecha un valor máximo en el mercado de veinticinco millones cuatrocientos setenta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$25.470.000), según lo indicado por la Bolsa de Valores de Colombia. Lo anterior supone que para esa fecha, el valor de la comisión de éxito aplicando el porcentaje pactado del 1% habría sido de doscientos cincuenta y cuatro mil setecientos dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 254.700 (Hechos Nos.10 a 12).
- 1.6 Desde el mes de septiembre de 2005, AGORA prestó los servicios de banca de inversión y desde ese momento comenzó a tratar de determinar qué tipo de estructura utilizaría el Gobierno para vender su participación accionaria (Hecho No. 15). En noviembre de 2005, AGORA facturó a FOCUS la suma de US\$ 16.000 por concepto de dos (2) meses de trabajo (Hecho 16).
- 1.7 Precisa la convocante, de una parte, que el proceso de venta de las acciones tuvo demoras atribuibles a los *"intentos del Gobierno por conseguir que, parcial o totalmente, las acciones de APDR de*

las cuales eran dueños los trabajadores y que representaban el treinta y cuatro por ciento (34%) del total de acciones emitidas de APDR, también se integraran al proceso de venta” y, de otra que el Grupo GERDAU encargó a Mauricio García (asesor de Diaco S.A, compañía subsidiaria de GERDAU S.A.) establecer contactos directos con los trabajadores para explorar la posibilidad de llegar a un acuerdo con ellos. Esta tarea la emprendieron los asesores del grupo y en desarrollo de la misma se llevó a cabo entre muchas otras, una reunión con el Director de Fogafin que fue reportada oportunamente por AGORA al Grupo GERDAU (Hechos Nos. 17 a 19)

- 1.8 En los Hechos 20 a 24 de la demanda, la convocante afirma que para el mes de julio de 2006 se sabía con certeza que el porcentaje de acciones de APDR que estaría en venta eran el nueve punto catorce por ciento (9.14%) del total de las acciones en circulación y que, para el mes de agosto de 2006, dicho porcentaje aumentó a cuarenta y tres por ciento (43%) debido a que los trabajadores de APDR, que eran propietarios de acciones de la compañía, decidieron adherirse al paquete de venta de acciones de la sociedad, situación que fue comunicada a Diaco S.A. por la firma Latinvestco S.A., en su calidad de asesor en banca de inversión de los vendedores.
- 1.9 Relata la convocante que en ese momento, esto es, cuando el porcentaje de acciones en venta aumentó al 43% fue informada sobre la negativa del grupo Grupo GERDAU a pagarle la comisión de éxito en la forma y monto que había sido pactada en el Contrato (Hechos Nos. 25 a 28).
- 1.10 Asimismo advierte en los Hechos 29 a 31, que AGORA envió el 30 de septiembre de 2006 un correo electrónico al Sr. Carlos Petry (GERDAU S. A.) en el que le planteó alternativas de solución, aclarando que lo anterior no significaba renuncia alguna a los derechos de AGORA, ni modificación al Contrato ya existente. En dicha comunicación GERDAU consignó las siguientes dos (2) posibilidades, las que se transcriben para mayor claridad y precisión:

"1. Que negociemos una fórmula de salida que le permita a Gerdau seguir en este proceso sin Ágora, pero que refleje de manera equitativa varios hechos: (i) que durante un año hemos estado vinculados contractualmente con determinadas condiciones económicas; (ii) que hemos hecho gestiones con los estructuradores, los vendedores y el Gobierno en nombre de Gerdau para obtener mejoras efectivas en la estructura del negocio; (iii) que hemos asignado recursos y renunciado a otras opciones comerciales por estar contratados por Gerdau; (iv) todo lo anterior, con la expectativa, reconocida en un contrato vigente, de recibir una remuneración típica de banca de inversión en el caso de que el proceso termine con una adquisición, asumiendo el riesgo de que no sea así.

2. Que renegociemos el contrato actualmente vigente, eso sí, en condiciones que pudieran ser aceptables para nosotros".

"(...) entendemos que en este mensaje de Juan Manuel y Mauricio se refleja la preferencia de Gerdau por no continuar trabajando con nosotros en las condiciones que acordamos hace un año. Y como este negocio debe basarse en la confianza mutua, creemos que es necesario atender este mensaje de una manera que satisfaga los intereses de ambas partes y que le permita a Gerdau analizar la posibilidad de adquirir una participación en APDR con calma y confianza, sin ningún tipo de roce o problema con sus asesores".

- 1.11 Informa la convocante que el 18 de octubre de 2006, se reunieron en las oficinas de Diaco S. A. en Bogotá, Armando Montenegro (ÁGORA) y Carlos Petry (GERDAU) para discutir sobre la comisión de éxito pactada y las alternativas planteadas. En esa oportunidad el Sr. Petry propuso *"que se modificaran los términos en los cuáles fue pactada la comisión de éxito inicialmente, para que ésta fuera equivalente no al uno por ciento (1%), sino al cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la transacción que el Grupo Gerdau llegara a realizar, y que la comisión mínima fuera no de cuatrocientos mil dólares (US\$400.000), sino de trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$300.000)".* De igual forma se comprometió a que el Grupo GERDAU pagaría las sumas correspondientes a los honorarios fijos pendientes de pago por valor de veintitrés mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$23.000), propuesta que fue aceptada por AGORA el 19 de octubre de 2006 y que se consignó en el Acta de modificación del contrato.

La modificación relativa a la comisión de éxito consignada en el Acta de Modificación del Contrato, aceptada por ÁGORA y por el Grupo

GERDAU y/o FOCUS, se consignó en los siguientes términos:
(Hechos Nos. 32 a 40).

“Una Comisión de Éxito equivalente al 0.5% del Monto pagado por EL CLIENTE, sus accionistas o empresas vinculadas, por las acciones de la Compañía. En todo caso, la Comisión de Éxito tendrá un valor mínimo de USD 300,000. La Comisión de Éxito únicamente se cancelará en el evento en que la posible transacción se perfeccione, y efectivamente se realice el traspaso de las acciones”.

- 1.12 Destaca la convocante que en noviembre de 2006, el Gobierno y los trabajadores vincularon al paquete de vendedores al señor Manuel Jara, dueño del nueve por ciento (9%) de las acciones de APDR. Lo anterior significó que para ese momento el total de acciones en venta aumentara a cincuenta y dos por ciento (52%), lo que permitiría a quien las adquiriera, obtener el control de APDR. A partir de ese momento el grupo GERDAU y sus diferentes asesores iniciaron una estrategia para la compra de las acciones de APDR tanto en la rueda de valores como en el martillo. (Hechos Nos. 41 y 42)
- 1.13 Relata la convocante que en desarrollo de esta estrategia el grupo GERDAU adquirió en la Bolsa, entre finales de febrero y mediados de marzo del año 2007, cuatrocientos un millones (401.000.000) de acciones a un promedio de sesenta y tres pesos con noventa centavos (COP\$63,90) por acción, para un pago total de once millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$11.000.000), equivalentes al 2.56% de las acciones en circulación de APDR.
- 1.14 En la mañana del 16 de marzo de 2007 -día del martillo-, el grupo GERDAU compró otro paquete adicional de acciones. Como consecuencia de todas las adquisiciones realizadas antes del martillo, el Grupo GERDAU había comprado por intermedio de las sociedades Gerdau GTL Spain, Inv. Siderúrgicas y Ferrer Industrial Corporation, la cantidad total de mil seiscientos noventa y cinco millones cuatrocientos nueve mil trescientas setenta y seis (1.695.409.376) acciones de la sociedad APDR, a un precio promedio de compra de COP\$73,2983 pesos, equivalente al 10.74%. El precio total pagado fue de (COP\$124.222.938.226),

suma que a la tasa de cambio oficial del 16 de marzo de 2007 (COP\$2.197,76 pesos por dólar), equivale a cincuenta y seis millones quinientos veintidós mil quinientos veintidós dólares de los Estados Unidos de América (US\$56.522.522) (Hechos 42 a 46).

- 1.15 Sostiene la convocante que en la medida en que el Grupo GERDAU adquirió un paquete de acciones de APDR y que el traspaso de dichas acciones tuvo lugar, se dio cumplimiento a los dos requisitos acordados por las partes en el Contrato para que el Grupo GERDAU, por intermedio de Focus o de GERDAU S.A., tuviera la obligación de pagar en favor de AGORA la comisión de éxito. Liquidada la Comisión de acuerdo con lo pactado (0.5%) sobre los US\$56.522.522, se obtiene la suma de US\$ 282.612, monto que por resultar inferior al mínimo pactado para la comisión de éxito determinaba que la comisión a pagar sería equivalente a trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$300.000). Esta situación que le fue comunicada GERDAU mediante el correo electrónico enviado por Armando Montenegro el 23 de marzo de 2007 (Hecho No. 49).
- 1.16 Finalmente el 3 de abril de 2007, Carlos Petry contestó el correo anterior manifestando que no había lugar al pago de la comisión de éxito pactada en el contrato, por cuanto no se había obtenido el control de APDR.
- 1.17 La anterior posición, señala la convocante, fue ratificada en la carta del 9 de abril de 2007 dirigida por Juan Manuel Romero Sanclemente (Presidente Ejecutivo de Diaco S.A.) en la que manifestó que si bien en el Contrato inicial y en su posterior modificación se pactó una comisión de éxito en favor de ÁGORA, dicho pago solo se causaba de lograrse el objetivo de alcanzar el control de la compañía (Hechos Nos. 50 a 53)
- 1.18 Las anteriores manifestaciones, en criterio de AGORA, ignoran el acuerdo previo de las partes y desconocen que, por ser imposible adquirir el control de APDR en el momento en que se celebró el Contrato y cuando éste se modificó, las partes jamás tuvieron en

cuenta para acordar los términos y condiciones de la comisión de éxito que el Grupo GERDAU obtuviera el control de APDR.

1.19 El 18 de mayo de 2007, Armando Montenegro envió un correo electrónico a Carlos Petry refiriéndose a lo anterior y manifestándole que de acuerdo con la cláusula novena del anexo del Contrato, las partes debían *“intentar resolver de buena fe” las diferencias, “con diligencia y mediante negociaciones que tendrán lugar entre los altos directivos del Contratista y de Ágora”*. Por ello le solicitó en dos oportunidades reunirse con el fin de tratar de solucionar en forma directa la diferencia surgida con ocasión del pago de la comisión de éxito, invitaciones que no obtuvieron respuesta alguna. (Hechos No. 58 a 62).

2. Las pretensiones de la demanda.

La convocante solicitó que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“ PRIMERA: Que se declare que Focus Corp incumplió el Contrato de prestación de servicios de banca de inversión celebrado con Ágora Financial Corp, al negarse a pagarle a Ágora Financial Corp la comisión de éxito pactada en el mismo, por valor de trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 300.000).

SEGUNDA: Que se condene a Focus Corp a cumplir con su obligación contractual, consistente en pagarle a Ágora Financial Corp, la comisión de éxito pactada en el Contrato, por valor de trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 300.000) y se le condene, así mismo, a pagarle a Ágora Financial Corp, los perjuicios que le ha causado a mi poderdante, en la forma de intereses de mora liquidados a la máxima tasa permitida por la ley o, en su defecto, en la forma que determine el Tribunal.

TERCERA: Que se condene a Focus Corp al pago de las costas del presente proceso”.

3. La contestación de la demanda y excepciones formuladas por Focus Corp.

El 25 de marzo de 2008, la convocada, mediante apoderado judicial designado para el efecto, presentó escrito de contestación de la demanda (folios 63 a 81 del Cuaderno Principal) en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó unos hechos, negó otros y propuso, además de la excepción genérica, otra que denominó:

“Ausencia de incumplimiento del contrato celebrado entre Ágora Financial Corp y Focus Corp. por parte del demandado e improcedencia de la comisión de éxito solicitada por la demandante”.

IV. TRAMITE DEL PROCESO ARBITRAL.

1. Las Partes y sus Apoderados.

Son partes de este proceso dos personas jurídicas debidamente constituidas así:

1.1 La convocante es la sociedad ÁGORA FINANCIAL CORP, sociedad constituida bajo las leyes de Panamá, registrada en la ficha 465966 DOC. 688745 desde el veinticinco (25) de octubre de dos mil cuatro (2004), con domicilio principal en la ciudad de Panamá, según consta en el certificado expedido por el Registro Público de Panamá el tres (3) de diciembre de dos mil siete (2007), que obra a folio 32 del Cuaderno Principal, y cuya representación legal está a cargo del Presidente (Dra Maria Eugenia Ducasa) y, en su ausencia, del secretario (Dra. Iris Herrera Jurado), persona esta última que confirió poder para la actuación arbitral al doctor ALBERTO ZULETA LONDOÑO (folio 31 del Cuaderno Principal).

1.2 La convocada es la sociedad FOCUS RESOURCES CORP, sociedad legalmente establecida en Panamá, constituida bajo las leyes de Panamá, registrada en la ficha 492285 DOC. 793310 desde el nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005), con domicilio principal en la ciudad de Panamá, según consta en el certificado expedido por el Registro Público de Panamá el trece (13) de diciembre dos mil siete (2007), que obra a folio 82 del Cuaderno Principal, y cuya representación legal está a cargo de su Presidente (Osvaldo Schirmer) o del secretario (Dr. Gerardo Toffanello) o del tesorero (Dr. Expedito Luz), estos dos últimos, quienes otorgaron poder para la actuación arbitral al doctor ANDRES FERNANDEZ DE SOTO (folio 60 del Cuaderno Principal).

2. Término de duración del proceso

En ausencia de pacto de las partes sobre este particular y según lo dispuesto en las normas pertinentes, el término de duración de este proceso se fijó en seis (6) meses contados a partir de la terminación de la Primera Audiencia de Trámite, sin perjuicio de las prórrogas o suspensiones que por solicitud de las partes o sus apoderados con facultad expresa para ello, pudieran decretarse.

La primera Audiencia de Trámite se llevó a cabo el 21 de mayo de 2008 y el proceso se suspendió en una oportunidad por solicitud conjunta de las partes, así:

Acta y Fecha	Auto	Término de la suspensión	Duración Efectiva
No. 11 del 24/06/08	No.8	Entre el 25 de junio al 22 de julio, ambas fechas inclusive (<u>El 14 de julio, mediante auto No. 9 el tribunal, por ese único día, levantó de oficio la suspensión</u>)	27 días calendario
TOTAL NUMERO DE DIAS DE SUSPENSION			27 días calendario

En consecuencia, el tribunal se encuentra en tiempo para proferir el presente laudo.

3. Audiencias del tribunal.

El proceso se desarrolló en quince (15) audiencias, incluida la Audiencia de Instalación y la presente.

En audiencia realizada el 31 de julio de 2008, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión (Acta No. 14 Folios 179 a 181 y folios 182 a 275 del Cuaderno Principal).

4. La Primera Audiencia de Trámite.

Como ya se señaló, el 21 de mayo de 2008 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite (Acta No. 7 folios 111 a 129) en la que el tribunal asumió competencia para conocer y fallar en derecho las pretensiones de la demanda de la sociedad AGORA, de las respectivas excepciones de mérito propuestas por la convocada, FOCUS, y decretó las pruebas pedidas por las partes.

5. La declaración de competencia del tribunal.

En la Primera Audiencia de Trámite, el tribunal declaró su competencia, tal como consta en el Acta No. 7 de la que se destaca en el presente laudo lo siguiente:

“La materia sometida a este arbitraje está constituida por unas determinadas controversias surgidas con ocasión de la ejecución de un contrato de prestación de servicios de banca de inversión celebrado entre las partes, concretamente aquellas relacionadas con la existencia de la obligación de pagar la comisión de éxito pactada como parte de la remuneración en favor de la sociedad convocante.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal encuentra que las diferencias que ha planteado la parte convocante en la demanda, controvertidas en la respectiva contestación y en las excepciones propuestas, versan sobre materias o derechos patrimoniales de carácter transigible y renunciable, comprendidas en el pacto arbitral.

Así las cosas, verificada la capacidad de las partes y su representación, el otorgamiento de poderes a abogados titulados para que los representen en este proceso, la existencia de pacto arbitral debidamente convenido y la materia puesta a consideración de este Tribunal como transigible, así como la debida integración del Tribunal de Arbitramento y la suficiente habilitación al árbitro por las partes convocante y convocada, este Tribunal se declarará competente, efecto para el cual profiere el siguiente:...”

6. Pruebas decretadas y practicadas.

Mediante Auto No. 7 de 21 de mayo de 2008, el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las que fueron practicadas en su totalidad, incorporadas al expediente y analizadas para definir los asuntos sometidos a consideración de este tribunal.

6.1 Prueba Documental.

Tal como quedó consignado en el Auto correspondiente (Acta No. 7) se ordenó tener como pruebas de la parte convocante los documentos relacionados en la demanda, en la contestación de la demanda y, las relacionadas en memorial entregado al descorrer el traslado de las excepciones.

Igualmente se agregaron al expediente los entregados por algunos testigos en sus declaraciones.

6.2 Oficios.

Como consta en el Auto que decretó pruebas, el tribunal ordenó expedir los oficios solicitados por la parte convocante. La secretaría del tribunal, como da cuenta el Acta No. 8 correspondiente a la audiencia celebrada el 3 de junio de 2008, libró los oficios ordenados para recaudar la prueba documental decretada y los entregó al apoderado de la convocante (Folios 141 a 145 del Cuaderno Principal).

En el Acta No. 11 que registra lo sucedido en audiencia realizada el 24 de junio de 2008, se dejó constancia acerca del recibo de los documentos solicitados y de la decisión adoptada por el tribunal en el Auto No.9 en el que se ordenó su incorporación al expediente. (Folios 158 a 164 del Cuaderno Principal).

6.3 Declaraciones de terceros:

En este proceso rindieron testimonio las siguientes personas:

- El 3 de junio de 2008, los señores Armando Luis Montenegro Trujillo y Mauricio García Cañizares (Acta No. 8, folios 143 y 144 del Cuaderno Principal y 183 a 213 del Cuaderno de Pruebas No. 3).
- El 4 de Junio de 2008 los señores Rafael Rivas Mallarino y Claudia Amparo Barrero Lozano (Acta No. 9, folios 147 a 149 del Cuaderno Principal y 214 a 252 del Cuaderno de Pruebas No. 3).

- El 10 de junio de 2008, los señores Juan Manuel Romero Sanclemente y Santiago Pardo Brigard (Acta No. 10 folios 154 y 155 del Cuaderno Principal y 253 a 276 del Cuaderno de Pruebas No. 3).
- El 24 de junio de 2008, los señores Hugo Díaz Baez y Andrés Flórez Villegas (Acta No. 11, folios 162 y 163 del Cuaderno Principal y 277 a 293 del Cuaderno de Pruebas No. 3).

7. Alegatos de conclusión

El 31 de julio de 2008, una vez concluido el periodo probatorio y practicadas todas las pruebas decretadas por el tribunal, se llevó a cabo la audiencia de alegaciones finales a cargo de los apoderados de las partes, quienes realizaron sus exposiciones en forma oral y presentaron escritos con los resúmenes de sus alegaciones, documentos que se incorporaron al expediente a folios 182 a 275 del Cuaderno Principal.

SEGUNDA PARTE: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para entrar a decidir el tribunal encuentra que se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales y que, además, no se observa causal alguna de nulidad que pudiera llevar a retrotraer el trámite de este proceso. En consecuencia, se proferirá decisión de mérito.

I. EL PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO.

A términos de las pretensiones y de las excepciones, las partes de este arbitraje contienden exclusivamente respecto del incumplimiento en que habría incurrido la convocada *“al negarse a pagarle a Agora Financial Corp. la comisión de éxito pactada...por valor de trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 300.000)”*, mientras que la convocada pretexto *“Ausencia de incumplimiento... e improcedencia de la comisión de éxito solicitada por la demandante”* (Primera Pretensión y Excepción A, en su orden).

De los hechos se colige que la convocante fue buscada por la convocada para prestar unos determinados servicios concernientes a la adquisición

de unas acciones de APDR, sin importar los planes empresariales expansionistas de la convocada, o su intención de adquirir el control futuro de esa sociedad (APDR), convicción a la que llega el tribunal a la vista de los textos que conforman el acuerdo contractual inicial respecto de una disponibilidad de solamente el 9% de aquellas acciones (en poder del IFI y del Ministerio de Hacienda), así como frente a lo que dispusieron las partes al modificar el acuerdo contractual.

El tribunal observa que el negocio jurídico que nos ocupa no tuvo una evolución correspondiente a la que tuvieron los acontecimientos comerciales que lo rodearon, ni a la explicitación de las intenciones comerciales de la convocada y de los demás accionistas de APDR (trabajadores y pensionados, especialmente), así como a la presencia de otros grandes actores del negocio de la siderurgia, y ello explica que los textos que conforman el acuerdo negocial no reflejen los paulatinos cambios que tuvo la oferta de las acciones de APDR, escenario o realidad fáctica de la que no pueden prescindir las consideraciones de este tribunal, y respecto de las que habrá que sopesar lo que significaron en el contrato efectivamente acordado.

Ambas partes percibieron lo que ocurría en la realidad, y es necesario registrar la paradoja de que mientras ellas procuraban en lo comercial, a través de corredurías o en el mismo martillo (fase final de la operación), la consecución del control de APDR, esto es, la adquisición de un porcentaje accionario que de manera inequívoca lo significara –y ello implicaba más del 50%- el acuerdo contractual no fue ajustado o acomodado para reflejar esta nueva circunstancia, sin que ello signifique que hubiera perdido aptitud para regular las prestaciones de las partes.

Si como corresponde, el juez debe atender la conducta asumida por las partes, el plenario registra¹ que cuando efectivamente estaba en venta más del cuarenta por ciento (40%) de la totalidad de las acciones de APDR –lo que de manera independiente de la eventual adquisición del

¹ La cronología de los hechos relevantes indica que la modificación del acuerdo contractual ocurrió en septiembre y octubre de 2006 –y así lo confirma la parte convocante en la p. 34 de su Alegato de Conclusión-, y que la comunicación de LATINVESCO (Hugo Díaz) a DIACO (Juan Manuel Romero) en la que informa que “*Los Vendedores han seleccionado a LATINVESCO como asesor para la venta de su participación accionaria en Acerías Paz del Río, **que equivale al 43% del total de las acciones emitidas por la compañía***”, está fechada el 24 de agosto de 2006 (negrillas fuera del texto). Esta comunicación puede verse a folios 26 y 27 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

control implicaba un importante cambio cuantitativo de los términos originales del acuerdo contractual- las partes tuvieron la oportunidad de terminar² el negocio jurídico que nos ocupa, o de reestructurarlo y acomodarlo a las nuevas circunstancias tanto del mercado de aquellas acciones como de la intención ya inequívoca de la convocada de buscar el control de APDR, y nada de esto ocurrió. Todo se limitó a simples ajustes a la estructura original conservando la esencia de lo que nos interesa, esto es, se mantuvo el honorario eventual reduciéndolo a la mitad (ahora sería el 0,5% y no el 1%), se suprimieron prestaciones que ya no eran conducentes conforme al rumbo que estaban tomando las estrategias del Estado colombiano, de su banquero de inversión (Latinvesco) y de otros accionistas para seguir adelante con esta operación, y nada se aclaró, respecto de lo que ahora pretexta la convocada, con relación a los honorarios eventuales (*"prima de éxito"*).

Así las cosas, dentro del contexto fáctico y contractual que acaba de exponerse de manera general, el problema jurídico que debe resolver el tribunal se contrae a decidir si, atentos a lo pactado, un mandatario que ejecutó sus prestaciones e hizo gestiones útiles para que su mandante adquiriera un paquete accionario de una determinada sociedad, que no le confiere el control de la misma, tiene o no derecho a los honorarios eventuales acordados, denominados *"prima de éxito"*. La parte convocante sostiene que ese estipendio se causó y tiene una determinada concepción del hecho que así lo determina; la parte convocada afirma que ese resultado, del que pendían los honorarios eventuales (*"prima de éxito"*) era el control de APDR y que, en consecuencia, al no haberse logrado ese objetivo la pretensión relativa a esos honorarios eventuales carece de causa o es improcedente, esto último en los propios términos de la convocada (Excepción A, p. 16 del libelo de contestación).

Las consideraciones que siguen están encaminadas a resolver en derecho y con sentido de justicia la controversia patrimonial que se resume en el problema jurídico que acaba de exponerse.

² En comunicación electrónica de Armando Montenegro (AGORA) a Carlos Petry (GERDAU), del 29 de septiembre de 2006 (folio 30 del Cuaderno de Pruebas No. 1), le plantea textualmente, "**1 Que negociemos una fórmula de salida que le permita a Gerdau seguir en este proceso sin Agora... 2 Que renegociemos el contrato actualmente vigente, eso sí, en condiciones que pudieran ser aceptables para nosotros**". Negrillas fuera del texto.

II. EL CONTRATO QUE EXISTIO ENTRE LAS PARTES. PRIMERA APROXIMACION JURIDICA.

La convicción del tribunal es que entre las partes existió un solo contrato³ y que este se ajustó en la forma que refiere Armando Montenegro de AGORA en su declaración, cuyas tratativas arrancaron en agosto de 2005 y se concretaron en la oferta de servicios del 8 de septiembre de 2005 (folios 3 a 8 del Cuaderno de Pruebas No. 1) y cuya conformidad por parte de GERDAU se obtuvo de manera inmediata (al menos desde el punto de vista cronológico y a la luz de los documentos agregados con la demanda), contrato que fue modificado o renegociado en septiembre-octubre de 2006, según lo que ya se ha consignado.

Sobre la existencia del contrato nada discuten las partes y, además, para mayor claridad, tampoco existe controversia alguna respecto de quiénes pueden quedar obligados por las resultas de este arbitraje (AGORA y FOCUS), sin importar a quienes aprovecharon las gestiones que en su momento AGORA ejecutó (por ejemplo, a quienes se transfirieron efectivamente las acciones compradas por GERDAU), ni quien pagó los honorarios de AGORA ya causados, ni quien pagaría los que pudieran llegar a decretarse. Por lo expuesto, no hay duda alguna, ni para las partes, ni para el tribunal, sobre la legitimación sustancial y procesal de quienes contienden, ni sobre los destinatarios de las obligaciones que podrían llegar a derivarse de lo que provea el tribunal.

Tratándose de una controversia entre partes privadas, sometida por completo al derecho privado (Civil y Comercial), el tribunal encuentra que, si bien el negocio jurídico tenía un plazo de seis (6) meses por cuyo vencimiento ninguna de las partes mostró curiosidad alguna, también es cierto que en su ejecución no existió solución de continuidad, ni intención compartida de las partes de darlo por concluido sino que, por

³ Las declaraciones de Juan Manuel Romero (p. 15 de la transcripción, por ejemplo, folio 267 del Cuaderno de Pruebas No. 3), la contestación a los hechos 27 y 28 de la demanda, así como la manera como el apoderado de la convocada formuló algunas preguntas, parecen dar a entender que habría existido un primer contrato ya extinguido cuando vino la renegociación del negocio jurídico entre Carlos Petry (Gerdau) y Armando Montenegro (Agora).

el contrario, sobre la estructura original y con referencia expresa a ella, las partes hicieron ajustes, exclusiones y modificaron la cuantía de los honorarios eventuales, aspectos sobre los que informan de manera concurrente las declaraciones de Juan Manuel Romero, Mauricio García, Armando Montenegro y Rafael Rivas, así como algunos mensajes y textos de la abogada de DIACO (miembro y vocero del grupo GERDAU en algunos aspectos de esa controversia) Alexandra Hoyos (folio 33 del Cuaderno de Pruebas No. 1, por ejemplo).

Sin perjuicio de los rótulos que por razón de sus especialidades y ramos de negocios hayan utilizado las partes para describir este negocio jurídico, lo cierto es que a la luz del derecho positivo que debe tenerse en cuenta como referente obligatorio de estas consideraciones, el contrato que nos ocupa es un clásico negocio de sustitución voluntaria para regular intereses privados, cuya matriz correspondiente es el contrato de mandato regulado tanto en el Código Civil (arts. 2142 a 2199) como en el Código de Comercio (arts. 1262 a 1286), siendo claro que por la naturaleza de las partes y de la controversia se aplica de manera preferencial el segundo estatuto referido, y que son características de este negocio jurídico (algunas), que implica una cooperación del mandatario en beneficio del mandante, que no puede asegurarse la consecución de un resultado, ni depender la remuneración del mandatario exclusivamente de una gestión exitosa (último inciso del art. 2184 del C. C., por ejemplo), sin perjuicio de lo que las partes acuerden de buena fe dentro del margen de maniobra de la autonomía de la voluntad, cada vez mas limitado o restringido.

Por lo expuesto, el tribunal seguirá razonando a partir de la anterior verificación en derecho, punto en el que tampoco se observa discrepancia entre las partes, ni de ellas con el tribunal en este caso, puesto que los argumentos consignados en sus respectivos alegatos de conclusión parten de la base de que sus poderdantes actuaron en ejercicio y al amparo de un auténtico contrato de mandato.

III. LO PROBADO SOBRE LOS HONORARIOS EVENTUALES DEL MANDATARIO.

Como ya lo advirtió el tribunal, si el único punto de controversia entre las partes, sometido a este arbitraje, es la causación o no de los honorarios eventuales, forzoso es detenerse en las estipulaciones que los previeron y analizar lo que habría ocurrido de haberse tenido que liquidar dichos honorarios en unos determinados momentos de la ejecución contractual y, en suma, buscar la interpretación o aplicación **verosímil**⁴ de ese texto contractual, y para estos efectos el derecho positivo aplicable ofrece suficientes herramientas hermenéuticas que serán utilizadas de manera concurrente en estas consideraciones.

1. La concepción original y su eventual aplicación práctica.

En la carta-oferta del 8 de septiembre de 2005 de AGORA (folios 3 a 8 del cuaderno de Pruebas No. 1) en su p. 4, bajo el No. 3 (iii) se lee que uno de los componentes de la remuneración sería:

“Una Comisión de Éxito equivalente al 1% del Monto de la Transacción, donde por Monto de la Transacción se entenderá el monto total de la consideración pagada por la Compañía como ente en marcha. En todo caso, la Comisión de Éxito tendrá un valor mínimo de USD 400.000. La comisión de éxito únicamente se cancelará en el evento en que la posible transacción se perfeccione, y efectivamente se realice el traspaso de las acciones”.

Al margen de cualquier especulación *ex post*, lo claro y mandatorio para cualquier juez es que la anterior estipulación contractual -pactada de manera válida y eficaz- tenía fuerza o virtud de ser aplicada en forma inmediata, de tal manera que en el evento de haberse adquirido el paquete accionario de APDR que estaba disponible (en ese momento el 9,14%), la interpretación útil y verosímil de la referida estipulación contractual habría llevado a liquidar la mal llamada “Comisión de Éxito”

⁴ Así no se encuentre expresamente consignada como regla de interpretación del negocio jurídico en el derecho colombiano, el principio de la **interpretación verosímil** es un verdadero principio general contra el que no podría ir el juez, ni las partes. En otros términos, no tiene cabida en nuestro derecho la interpretación inverosímil (una modalidad sería la interpretación inútil, o que no produzca efectos, de una determinada estipulación contractual). En el derecho argentino, el primer inciso del artículo 1.198 del Código Civil (texto según la Ley No. 17.711) reza: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión”.

sobre el monto de la operación de adquisición, sin que hubiera existido base legal o contractual alguna para sostener que era requisito determinante de la causación de aquellos honorarios eventuales la adquisición del control de la sociedad emisora de esas acciones, esto es, de un porcentaje accionario que habría tenido que ser significativamente mayor al que era posible adquirir en los términos concretos de la operación que habría podido llevarse a cabo.

La aplicación de la estipulación contractual referida, bajo el prisma de la **utilidad** (art. 1620 del C. C.) y de la **verosimilitud**, no deja duda alguna de su total desvinculación de la consecución efectiva del control de la sociedad emisora de las acciones en oferta, y si el resto del texto de la propuesta de servicios insinúa labores de mas aliento por parte del mandatario (banquero de inversión), ello parece obedecer a la manera como se preparó ese texto (iniciativa de AGORA), cuya estructura luce como una *pro forma* del consultor, no siempre adecuada para todos los propósitos, ni para todos los clientes (mandantes), y su texto, aún interpretado de la manera como propone el apoderado de la convocada tanto en la contestación de la demanda, como en su alegato de conclusión, no es suficiente para reflejar un propósito que no fue compartido, ni consignado, como determinante de los honorarios eventuales que nos ocupan, sin perjuicio de que la consecución del control societario haya aparecido con posterioridad, o haya sido un claro objetivo empresarial de la convocada desde el comienzo, o de que hacia él hubieran apuntado las gestiones del mandatario. Sin embargo, en este preciso momento, esto es, al acordarse el texto contractual primigenio, esa circunstancia, ni se convino, ni se erigió como requisito o condición de la causación de los honorarios eventuales denominados "Comisión de Éxito".

En suma, el pacto de los honorarios eventuales tenía fuerza suficiente para aplicarse respecto de lo que al momento de convenirse constituía la oferta efectiva de acciones, y entre los factores o elementos que debían determinar su causación, el pretendido control de APDR era un objetivo jurídicamente imposible en ese momento (art. 1518 del C. C.).

2. Los honorarios eventuales al modificarse el contrato y su aplicación práctica.

Ha dicho el tribunal en otra parte de estas consideraciones, que el acuerdo o pacto contractual que nos ocupa no reflejó la dinámica que, por su parte, tuvieron tanto la oferta en sí de las acciones de APDR, como el mismo plan estratégico de GERDAU sobre cuyas intenciones unilaterales no tiene duda alguna el tribunal puesto que el plenario informa que, primero a mediano y largo plazo y, luego, de manera inmediata, su estrategia apuntaba de manera inequívoca a la toma del control de APDR, ya que ninguna otra lectura puede tener lo que dispuso para aproximarse a unos determinados accionistas de mayor envergadura como los trabajadores y pensionados, frente a quienes alcanzó a concebir planes para la toma escalonada o gradual, primero del poder político societario y luego de la propiedad plena de las acciones, estrategia en cuyos resultados AGORA no tenía vocación alguna de percibir honorarios porque ese era un trabajo confiado a otro mandatario (otro banquero de inversión), el señor Mauricio García y su empresa (Valor Banca de Inversión)⁵, decisión de GERDAU que viene a confirmar que las solas gestiones de AGORA no habrían sido suficientes para obtener el control de APDR, con lo que seguir razonando sobre el control como un elemento de la causación de los honorarios en discordia es tanto como razonar alrededor de una estipulación contractual cuyo objeto era física y jurídicamente imposible (art. 1518 del C. C.), lo que conduciría de manera inexorable a una interpretación inverosímil de la estipulación contractual bajo examen.

Lo anterior puede resumirse en que una era la perspectiva estática de los términos del negocio jurídico en la materia que nos ocupa (los honorarios eventuales) y otra, muy diferente, la perspectiva de la estrategia empresarial del mandante (GERDAU), y fue en esa

⁵ El plan que tenía GERDAU frente a los trabajadores era, en resumen, adquirir inmediatamente los derechos políticos (voto e injerencia en la administración, por ejemplo), conservar en cabeza de los trabajadores los derechos económicos y a mediano o largo plazo consolidar la plenitud de los derechos accionarios en su cabeza. Al respecto pueden verse en el Cuaderno de Pruebas No. 3, las declaraciones de Mauricio García (folio 208), Armando Montenegro (folio 184) y Andrés Florez (folios 290 y 291). En el mismo sentido puede verse el correo de Carlos Petry (GERDAU) a Armando Montenegro (AGORA) del 10 de mayo de 2006 (Folio 21 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

encrucijada en la que ambas partes tuvieron la oportunidad de alcanzar la anhelada claridad cuando, ante la alternativa planteada por AGORA (*“Que negociemos una fórmula de salida”* o *“Que renegociemos el contrato actualmente vigente”*⁶) GERDAU decidió hacerle meros ajustes a la estructura original, e igual cosa hizo AGORA, los que en el plenario quedaron explicados o justificados en mensajes ya citados de la abogada Alexandra Hoyos (DIACO – GERDAU), por una parte, así como en las declaraciones de Armando Montenegro y Rafael Rivas (AGORA), por la otra, habiendo quedado el tema en discordia sometido al siguiente tenor literal:

“La remuneración de AGORA tendrá dos componentes:

(i y ii, se refieren a dos tipos de honorarios fijos mensuales, aclara el tribunal).

(iii) Una Comisión de Éxito equivalente al 0.5% del Monto pagado por EL CLIENTE, sus accionistas o empresas vinculadas, por las acciones de la Compañía. En todo caso, la Comisión de Éxito tendrá un valor mínimo de USD 300.000. La Comisión de Éxito solamente se cancelará en el evento en que la posible transacción se perfeccione, y efectivamente se realice el traspaso de las acciones”.

En un archivo no convencional (CD aportado por la convocante al recorrer el traslado de excepciones de la convocada) se encuentran varios documentos provenientes de ambas partes y de terceros cuya autenticidad no está cuestionada en el plenario, que dan cuenta del *iter* que tuvo el ajuste de las modificaciones al contrato, trámite que ocupó los meses de septiembre a noviembre de 2006, sin que ese lapso aparentemente largo sea el reflejo de una actividad febril de las partes sino que corresponde a las demoras que tiene cualquier tratativa contractual cuando es intermediada por nuncios sin facultades plenas para tomar las decisiones finales, y esta era, precisamente, la situación en la que se encontraban los funcionarios de DIACO (Juan Manuel Romero y Alexandra Hoyos) o sus asesores (Mauricio García, por ejemplo), y de todo lo que informan esos documentos, bien reseñado en el alegato de la convocante (ps. 53 a 55), como datos útiles para la convicción del juez de esta causa, se destacan las siguientes circunstancias:

⁶ Correo electrónico ya citado de Armando Montenegro (AGORA) a Carlos Petry (GERDAU) del 29 de septiembre de 2006, folio 030 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

- AGORA, prácticamente, no tomó iniciativa alguna para afectar la cláusula original relativa a los honorarios eventuales y centró sus observaciones (supresiones especialmente) en las gestiones que, dado el rumbo que tomaban los acontecimientos comerciales, ya no eran útiles dentro de sus tareas como banqueros de inversión.
- Habiendo podido GERDAU consignarlo de manera expresa -y con la claridad que ello requería- nada hizo para precisar que la adquisición del control de APDR -que a esas alturas era un objetivo incuestionable de ese grupo empresario- sería condición del pago de los honorarios eventuales, y nada consignó al respecto en esta modificación al contrato. El plenario informa que en aquella oportunidad a la convocada le preocupaba, mas bien, lo mucho que pudiera llegar a tener que desembolsar por razón de los honorarios eventuales (*"prima de éxito"*), punto en el que un vocero autorizado de GERDAU llegó a hacer los cálculos de lo que consideraba razonable que AGORA se ganara por ese concepto⁷.
- Si bien el juez debe ser celoso de la verificación de las cargas de claridad, información y advertencia que se deben las partes de manera mutua, tampoco debe ser insensible a los deliberados silencios de las partes, o a su culpable pérdida del sentido de la oportunidad, y no se entiende cómo, tratándose de un tema que había llegado al punto álgido de suscitar la eventual terminación de la relación jurídica fuera ahora desestimado, o su ansiada claridad hubiera dejado de ser necesaria o útil, y a ello debe darle el tribunal alguna trascendencia o alcance.
- La anterior verificación –que podría dar lugar a meras conjeturas del juez de la causa- cobra sentido, en este caso, cuando se analiza la

⁷ En este punto concreto son coincidentes las declaraciones de Armando Montenegro, Rafael Rivas, Mauricio García y Juan Manuel Romero, respecto de las preocupaciones de GERDAU, centradas en el monto de lo que efectivamente podría llegar a ser la Comisión de Éxito. Carlos Petry (GERDAU), según lo que refieren Armando Montenegro y Rafael Rivas en sus declaraciones, consideraba que el 0.5 % a título de comisión de éxito sobre la transacción le significaría al mandatario (AGORA) unos honorarios de aproximadamente un millón de dólares, que Petry consideraba suficiente, y así lo aceptó AGORA. En este punto puede verse la declaración de Armando Montenegro (folio 189 del cuaderno de Pruebas No. 3).

nueva estipulación relativa a los honorarios eventuales y se concluye, sin duda alguna, que de manera paradójica con lo que ocurría en la realidad de las estrategias comerciales y empresarias, el mandante limpió la cláusula correspondiente de cualquier vestigio o mención que pudiera vincular la causación de los honorarios eventuales con la adquisición del control efectivo de APDR por parte del mandante, circunstancia que desde el punto de vista de la interpretación del negocio jurídico debe tomarse como el trasunto inequívoco de la voluntad consciente y reflexiva de las partes y llevar a la conclusión de que esa era la intención compartida, sin que sea procedente, en este caso, investigar o tener en cuenta intenciones que habiendo podido quedar consignadas de manera expresa y clara no lo fueron. En este punto se aplicarán principios claros del derecho de las obligaciones y de los contratos bien conocidos por ambas partes según lo que invocaron, en materia de Derecho, en sus respectivos alegatos de conclusión.

- Para mayor claridad, lo anterior no significa que la cláusula de honorarios eventuales, tal y como quedó concebida en el texto contractual original, hubiera hecho depender esos emolumentos de la toma del control de APDR pero, igualmente, también es cierto que la gama de prestaciones ofrecidas por AGORA en el texto ya analizado y criticado (Oferta del 8 de septiembre de 2005) podía dar pie para razonar como razona el apoderado de la convocada en la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión. Sin embargo, estando llamada aquella estipulación a tener efectos útiles en la vida del contrato, el tribunal ya dejó sentadas sus consideraciones respecto de la manera como debía interpretarse, en ese escenario y en ese momento, aquella estipulación, de haberse desatado el hecho generador de esos estipendios, y cuál era ese preciso hecho que, en todo caso, no podía serlo la toma del control de APDR, todo ello por razones ya analizadas en otra parte de estas consideraciones.
- Finalmente, lo anterior en nada contradice que el mandatario hubiera seguido trabajando en pro del objetivo empresarial de su mandante, esto es, hubiera contribuido con su ciencia y experticia a desarrollar gestiones tendientes a la toma del control efectivo de la sociedad

emisora de las acciones en oferta, y es bueno aclarar que, aunque, el porcentaje que estaba en disputa todavía no era suficiente para lograr esos objetivos, ambas partes, mandante y mandatario, sabían hacia donde apuntaban todos sus esfuerzos, articulados o no en el contrato que nos ocupa, y en este momento –más que antes- los factores de liquidación de los honorarios eventuales eran aún mas sencillos y transparentes.

Después de lo expuesto conviene repetir los términos de la cláusula de honorarios eventuales que, leída bajo las consideraciones que anteceden, constituirá la interpretación que orientará la decisión que se consigna más adelante:

“La remuneración de AGORA tendrá dos componentes:

(...)

(iii) Una Comisión de Éxito equivalente al 0.5% del Monto pagado por EL CLIENTE, sus accionistas o empresas vinculadas, por las acciones de la Compañía. En todo caso, la Comisión de Éxito tendrá un valor mínimo de USD 300.000. La Comisión de Éxito solamente se cancelará en el evento en que la posible transacción se perfeccione, y efectivamente se realice el traspaso de las acciones”.

En lo sucesivo el contrato no tuvo modificación alguna en los aspectos que interesan para la resolución de esta controversia, y habiendo sido este el régimen contractual al que se sometieron las partes en el punto en discordia, bajo él se despacharán las pretensiones y excepciones de este arbitraje, y es por ello que, en mérito de lo expuesto, el tribunal le dará prosperidad a las pretensiones de la convocante y rechazará las excepciones de la convocada, y así lo consignará en la parte resolutive de este laudo arbitral.

IV. LAS EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA.

En su estudio el tribunal no ha encontrado hecho alguno que pudiera ser constitutivo de excepción que tuviera que ser declarada de oficio a términos de lo que preceptúa el artículo 306 del C. de P. C., y de las consideraciones que anteceden se concluye, igualmente, que la parte convocada ha incumplido el contrato que nos ocupa por su errada interpretación de la estipulación contractual analizada en páginas anteriores.

Este incumplimiento, y ello es conveniente precisarlo, se contrae de manera exclusiva al pago de los honorarios eventuales -denominados "Comisión de Éxito"- que el tribunal encontró precedentes conforme a una interpretación útil y verosímil de esa estipulación contractual efecto para el cual, como lo advirtió en la oportunidad correspondiente, se apoyó en diferentes herramientas hermenéuticas que de manera pacífica y concurrente avalan y confirman las conclusiones a las que ha llegado el tribunal.

Por lo brevemente expuesto, no prosperan las excepciones de la parte convocada.

V. LIQUIDACION DE LA CONDENA.

En el proceso existe prueba idónea y suficiente para liquidar la condena consequential a la declaración que habrá de proferirse, y al respecto se tiene:

- El "*Monto pagado por EL CLIENTE, sus accionistas o empresas vinculadas por las acciones de la Compañía*" (APDR), alcanzó un total de ciento veinticuatro mil doscientos setenta y un millones, trescientos cinco mil cuatrocientos noventa y tres pesos con sesenta y cinco centavos (\$124.271.305.493,65), de conformidad con recaudos probatorios provenientes de Valores Colombia S. A. (Contestación al Oficio 011 del 3 de junio de 2008 del tribunal, folios 59 y 60 del Cuaderno de Pruebas No.1).
- La última operación de compra, según lo que informa igualmente Valores Colombia S. A. ocurrió el 16 de marzo de 2007, fecha en que la Tasa Representativa del Mercado (TRM) era \$ 2.197,76, que aplicada a la cifra que se obtiene al calcular el 0.5% del "*Monto pagado por EL CLIENTE, sus accionistas o empresas vinculadas*" (\$621.356.527,47) arroja una cantidad total en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica de doscientos ochenta y dos mil setecientos veintidós dólares con sesenta y cinco centavos (US\$ 282.722,65), cantidad que está por debajo de los honorarios eventuales mínimos convenidos, por lo que procede la aplicación del

monto mínimo de la "Comisión de Éxito" pactada, esto es, de la cantidad de trescientos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 300.000).

- De conformidad con lo que ordena nuestro derecho positivo (art. 874 del C. de Co.), la anterior suma de dinero (US\$ 300.000) debe ser cubierta "*en moneda nacional colombiana*", efecto para el cual se aplicará la misma tasa de cambio (TRM) del 16 de marzo de 2007 ya indicada (\$2.197,76), lo que arroja un total en pesos colombianos de seiscientos cincuenta y nueve millones trescientos veintiocho mil pesos colombianos (\$659.328.000) suma que actualizada con el IPC hasta el 21 de febrero de 2008, día de "*la notificación del auto admisorio de la demanda*" (art. 90 del C. de P. C), arroja un total de seiscientos noventa y tres millones quinientos veintinueve mil doscientos treinta y dos pesos (\$693.529.232).

La actualización se efectuó con base en el IPC de las dos fechas señaladas (16 de marzo de 2007 y 21 de febrero de 2008), obtenido mediante la interpolación lineal de los valores calculados por el DANE para febrero y marzo de 2007, en el primer caso, y para enero y febrero de 2008, en el segundo, lo que lleva al siguiente resultado:

$$\frac{659.328.000 \times 181,69}{172,73} = 693.529.232$$

- A la suma anterior se le aplicarán intereses moratorios a la tasa mas alta que legalmente fuere procedente, a partir del día 22 de febrero de 2008 y hasta el día 22 de agosto de 2008 (183 días), fecha en la que se profiere este laudo arbitral, operación que da como resultado la cantidad de ciento dos millones trescientos dos mil trescientos sesenta y nueve pesos (\$ 102.302.369).

A la anterior cifra se llega conforme a los factores que se consignan en la siguiente liquidación:

MES	Días	I. Mora anual	I. Mora mensual	Intereses mora
feb-08	8	33,93%	2,46%	4.714.921
mar-08	31	33,93%	2,46%	17.091.587
abr-08	30	33,93%	2,46%	17.091.587
may-08	31	33,93%	2,46%	17.091.587
jun-08	30	33,93%	2,46%	17.091.587
jul-08	31	33,93%	2,46%	17.091.587
ago-08	22	33,93%	2,46%	12.129.513
				102.302.369

Capital + Intereses: \$693.529.232 + \$102.302.369 = \$795.831.601

De acuerdo con la liquidación anterior, el tribunal condenará a FOCUS RESOURCES CORP a pagar a favor de AGORA FINANCIAL CORP, la suma de setecientos noventa y cinco millones ochocientos treinta y un mil seiscientos un pesos (\$795.831.601), dentro del término que indique el tribunal y así lo consignará en la parte resolutive de esta providencia. Esta suma consolidada devengará intereses moratorios a la tasa mas alta que legalmente resulte procedente, a partir del vencimiento del término que se señale para su pago, y así lo consignará el tribunal en la parte resolutive de esta providencia.

VI. COSTAS.

Las consideraciones antecedentes dan cuenta de la prosperidad de las pretensiones de la demanda incoada por AGORA FINANCIAL CORP y, por tanto, del rechazo o no prosperidad de las excepciones propuestas por FOCUS RESOURCES CORP.

En consecuencia, con fundamento en el artículo 392 del C. de P. C relativo a las costas y gastos del proceso, de conformidad con las reformas de la Ley 794 de 2003, así como con lo ordenado en el artículo 33 del Decreto 2279 de 1989 (artículo 154 del Decreto 1818 de 1998), el tribunal condenará en costas a parte convocada, FOCUS RESOURCES CORP, de acuerdo con la siguiente liquidación, que incluye agencias en

derecho equivalentes al monto de los honorarios que le correspondieron al árbitro único.

1. Por concepto de honorarios, gastos de funcionamiento del tribunal y protocolización, la totalidad del cincuenta por ciento (50%) asumido por la parte convocante en este proceso, partida que se liquida teniendo en cuenta los siguientes conceptos que obran en autos, así:

-Honorarios del árbitro incluido IVA	\$ 34.800.000
- Honorarios de la secretaria del tribunal	\$ 15.000.000
-Gastos de funcionamiento y administración para la Cámara de Comercio incluido IVA	\$ 10.150.000
- Gastos de protocolización, registro y otros	\$ 5.000.000
TOTAL 100%	\$ 64.950.000
Cincuenta por ciento 50%	\$32.475.000

2. Por concepto de agencias en derecho: \$30.000.000

Total de las costas que pagará

FOCUS RESOURCES CORP.: \$62.475.000

En consecuencia, se condenará en costas a FOCUS RESOURCES CORP en la suma de SESENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS MCTE (\$62.475.000), suma que la convocada pagará en el término que indique el tribunal, y que devengará intereses moratorios a la tasa mas alta que legalmente resulte procedente, a partir del vencimiento del término que se señale para su pago, y así lo consignará el tribunal en la parte resolutive de esta providencia.

TERCERA PARTE: DECISIÓN.

En merito de lo expuesto, el tribunal de arbitraje constituido para dirimir la precisa controversia contractual de carácter patrimonial de AGORA FINANCIAL CORP contra FOCUS RESOURCES CORP, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y mediando para ello habilitación expresa y suficiente de las partes al árbitro único,

RESUELVE

Primero.- Declarar que FOCUS RESOURCES CORP. incumplió el contrato que tuvo con AGORA FINANCIAL CORP, en el punto relativo al pago de los honorarios eventuales, denominados "Comisión de Éxito", todo ello según lo expuesto en las consideraciones que anteceden. No prosperan, en consecuencia, las excepciones propuestas por la convocada y prospera la Primera Pretensión de la convocante.

Segundo.- Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a FOCUS RESOURCES CORP. a pagar a AGORA FINANCIAL CORP., dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, la suma de setecientos noventa y cinco millones ochocientos treinta y un mil seiscientos un pesos (\$795.831.601), de acuerdo con la liquidación consignada en este mismo laudo arbitral, suma que devengará intereses moratorios a la tasa mas alta legalmente procedente a partir del vencimiento del término que acaba de indicarse para su pago. Prospera, en consecuencia, la Segunda Pretensión de la demanda.

Tercero.- Condenar en costas a FOCUS RESOURCES CORP. En consecuencia, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, pagará a AGORA FINANCIAL CORP. la suma de SESENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS MCTE (\$62.475.000) según la liquidación consignada en este mismo laudo arbitral, suma que devengará intereses moratorios a la tasa mas alta legalmente procedente a partir del vencimiento del término que acaba de indicarse para su pago.

Cuarto.- Declarar causado el saldo final de los honorarios del árbitro único y de la secretaria. El árbitro único hará los pagos respectivos.

Quinto.- Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas de la presente providencia con destino a las partes y copia simple para los

archivos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Sexto.- Disponer que tan pronto se encuentre en firme esta providencia se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá. Se previene a las partes sobre su obligación de suministrar el monto que llegare a faltar, de no ser suficiente la suma consignada para estos efectos.

Séptimo.- Disponer que una vez protocolizado el expediente, se rindan cuentas a las partes. En el evento en que para la fecha de la protocolización FOCUS RESOURCES CORP hubiere procedido al pago de la condena impuesta, el saldo de la partida de gastos del proceso, si lo hubiere, deberá ser entregado a esta sociedad.

Esta providencia queda notificada en audiencia.

En Bogotá D.C. a los veintidós (22) días del mes de agosto de dos mil ocho (2008).

GILBERTO PEÑA CASTRILLON
Presidente. Arbitro Único

EDITH CEDIEL CHARRIS
Secretaria

**LAUDO ARBITRAL DE AGORA FINANCIAL CORP.
contra.
FOCUS RESOURCES CORP.**

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES DEL PROCESO

I.	El pacto arbitral.	1
II.	Desarrollo del trámite preliminar.	4
III.	Síntesis de la demanda y de su Contestacion.	6
1.	Hechos en que se fundamenta la demanda	7
2.	Las pretensiones de la demanda.	13
3.	La contestación de la demanda y excepciones	13
IV.	Trámite del proceso arbitral.	14
1.	Las Partes y sus Apoderados.	14
2.	Término de duración del proceso	15
3.	Audiencias del tribunal.	15
4.	La Primera Audiencia de Trámite.	16
5.	La declaración de competencia del tribunal.	16
6.	Pruebas decretadas y practicadas.	16
6.1	Prueba Documental.	17
6.2	Oficios.	17
6.3	Declaraciones de terceros:	17
7.	Alegatos de conclusión.	18

SEGUNDA PARTE: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I.	El problema jurídico planteado.	18
II.	El contrato que existió entre las partes.	21
III.	Lo probado sobre los honorarios eventuales del mandatario.	23
1.	La concepción original y su eventual aplicación práctica.	23
2.	Los honorarios eventuales al modificarse el contrato.	25
IV.	Las Excepciones de la convocada.	29
V.	Liquidación de la condena.	30
VI.	Costas.	32

TERCERA PARTE: DECISIÓN.

Resuelve	34
----------------	----