

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE

CAPITAL ADVISORY PARTNERS CORP. Y AGORA FINANCIAL CORP.

VS

SOCIEDAD DE INVERSIONES EN ENERGÍA -SIE- S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil doce (2012)

Cumplido el trámite procede el Tribunal, mediante el presente laudo, a resolver en derecho las controversias patrimoniales surgidas entre Capital Advisory Partners Corp. y Agora Financial Corp., (en lo sucesivo, la convocante o los Asesores) en unas determinadas relaciones contractuales, con la Sociedad de Inversiones en Energía S. A. (en lo sucesivo, la convocada o SIE).

A. ANTECEDENTES

1. La Constitución, Instalación y Desarrollo del Tribunal de Arbitramento

1.1. Mediante apoderado especial, Capital Advisory Partners Corp. y Agora Financial Corp. presentaron ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el cinco (5) de noviembre de dos mil diez (2010), solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para que dirimiera las controversias surgidas con Sociedad de Inversiones en Energía S.A., por el presunto incumplimiento, por parte de la Sociedad de Inversiones en Energía S.A., en perjuicio de Capital Advisory Partners Corp. y Agora Financial Corp., en el pago de unos determinados honorarios (comisión de éxito) surgidos en favor de estas últimas por la asesoría en la venta de la participación, directa o indirecta, de la convocada, o de sus

accionistas, en la Organización Terpel S. A., según el contrato de asesoría que existió entre las sociedades convocantes y la convocada, o que se vinculan con el mismo.¹

1.2. Con la demanda se acreditó la existencia del pacto arbitral entre las partes contenido en la Sección 8 de la Oferta Mercantil de Servicios de Asesoría de fecha siete (7) de octubre de dos mil ocho (2008)². La referida oferta fue aceptada por la Convocada mediante la extensión de la Orden de Compra de fecha veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008), que obra a folio 6 del Cuaderno de Pruebas número 1.

1.3. Las partes designaron de mutuo acuerdo a los árbitros del presente Tribunal.³

1.4. La demanda fue admitida mediante auto número 1, dictado en la audiencia celebrada el veintiocho (28) de marzo de dos mil once (2011)⁴, providencia que fue notificada personalmente a la parte demandada que se encontraba presente en la audiencia, a quien allí mismo se le corrió traslado por el término de ley. En la misma fecha se declaró instalado el Tribunal.

1.5. La parte demandada contestó la demanda dentro del término y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formuló además excepciones de mérito, de las cuales se corrió traslado mediante fijación en lista.

1.6. En audiencia celebrada el once (11) de mayo de dos mil once (2011) se adelantó la etapa de conciliación entre las partes, la cual se declaró fracasada, por lo que se fijaron los gastos y honorarios del presente tribunal, que fueron oportunamente consignados por ambas partes.

1.7. El día ocho (8) de junio de dos mil once (2011) se llevó a cabo la primera audiencia de trámite⁵, diligencia en la que se notificó el auto por el cual el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir la presente controversia y se decretaron las pruebas del proceso.

¹ Folios 1 al 19 del Cuaderno Principal número 1

² Folio 5 del Cuaderno de Pruebas número 1

³ Folios 39 a 48 del Cuaderno Principal número 1

⁴ Folios 79 a 81 del Cuaderno Principal número 1

⁵ Acta número 5, que obra a folios 120 a 128 del Cuaderno Principal número 1

1.8. Todas las pruebas solicitadas por las partes y que no fueron desistidas, se decretaron y fueron practicadas, circunstancia que las mismas partes indicaron expresamente en el acta número 13 de fecha veinte (20) de enero de dos mil doce (2012)⁶. Por ello, en dicha audiencia se declaró terminada la etapa probatoria y se señaló como fecha para que presentaran alegatos de conclusión el día veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012).

1.9. El día veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012) tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión⁷, concediéndole a cada una de las partes la oportunidad para que presentaran sus alegaciones. Cada una de ellas entregó escrito de sus respectivos alegatos. En dicha audiencia, se fijó el día veintiséis (26) de marzo de dos mil doce (2012), para llevar a cabo la audiencia de laudo.

2. El Pacto Arbitral y La Competencia del Tribunal

2.1. El pacto arbitral está contenido en la Sección 8 de la Oferta Mercantil de Servicios de Asesoría de fecha siete (7) de octubre de dos mil ocho (2008)⁸, cuyo texto es el siguiente:

“Sección 8. Cualquier diferencia relativa a la celebración, interpretación y/o ejecución de la relación jurídica que resulte con ocasión de la presente oferta será dirimida por un tribunal de arbitramento que estará regido por la legislación que al momento del conflicto se encuentre vigente en materia de arbitramento mercantil y en especial por las siguientes reglas: (i) El tribunal funcionará y sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá; (ii) El tribunal estará conformado por tres (3) árbitros, abogados en ejercicio y con no menos de tres años de experiencia como tales, elegidos dos de ellos por cada una de las partes y el tercero por el Centro de Arbitraje y conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la lista provista para ello; (iii) El tribunal decidirá en derecho.”

⁶ Folios 210 a 212 del Cuaderno de Principal número 1

⁷ Acta número 14, que obra a folios 214 a 216 del Cuaderno Principal número 1

⁸ Folio 5 del Cuaderno de Pruebas número 1

2.2. El Tribunal de Arbitramento, en audiencia realizada el ocho (8) de junio de dos mil once (2011)⁹, se declaró competente al considerar que tanto las pretensiones contenidas en la demanda y la oposición de la contestación son susceptibles de ser resueltas por un Tribunal de Arbitramento, ya que unas y otras se encuentran dentro del marco de la cláusula compromisoria pactada y, además, tal como fueron planteadas por las partes, conciernen a asuntos de naturaleza económica o patrimonial susceptibles de disposición y transacción, a propósito de una relación jurídica contractual específica, singular y concreta.

2.3. Tal y como se pactó en la cláusula compromisoria, el laudo será en derecho.

2.4. El laudo se profiere en término toda vez que a la fecha de la presente providencia han transcurrido únicamente cincuenta y seis (56) días desde la finalización de la primera audiencia de trámite, teniendo en cuenta las suspensiones decretadas desde dicha oportunidad a la fecha de esta decisión (autos 7, 11, 12, 14, 17 y 18 proferidos por el Tribunal).

3. Las pretensiones formuladas en la demanda

Las pretensiones formuladas por la parte convocante en su demanda son las siguientes:

“PRIMERA: Que se declare que CAPITAL ADVISORY PARTNERS y AGORA FINANCIAL CORP, por un parte, y la Sociedad de Inversiones en Energía S.A., por la otra, convinieron un contrato de asesoría en los términos previstos en la oferta mercantil formulada por aquéllas, fechada el 7 de octubre de 2008, y que dio lugar a la orden de compra de esta última del 20 de octubre del mismo año.

“SEGUNDA: Que declare que, de conformidad con las secciones 2 y 6 del contrato contenido entre CAPITAL ADVISORY PARTNERS y AGORA FINANCIAL CORP, por un parte, y la Sociedad de Inversiones en Energía S.A., por la otra, ésta última está obligada a pagarle a CAPITAL ADVISORY PARTNERS y a AGORA FINANCIAL CORP una Comisión de Éxito por la realización de una “Transacción”, de acuerdo con lo previsto en dicho contrato.

⁹ Acta número 5, que obra a folios 120 a 128 del Cuaderno Principal número 1

“TERCERA: Que se declare que el 14 de mayo de 2010 se realizó una “Transacción”, de conformidad con el contrato convenido entre CAPITAL ADVISORY PARTNERS y AGORA FINANCIAL CORP, por una parte, y la Sociedad de Inversiones en Energía S.A., por la otra.

“CUARTA: Que se declare que la Sociedad de Inversiones en Energía S.A. incumplió la obligación de pagarle a CAPITAL ADVISORY PARTNERS y a AGORA FINANCIAL CORP la Comisión de Éxito de un monto no menor a US\$1.270.994.00, Comisión a la que tienen derecho por la realización de una “Transacción”, de acuerdo con el contrato convenido entre CAPITAL ADVISORY PARTNERS y AGORA FINANCIAL CORP, por un parte, y la Sociedad de Inversiones en Energía S.A., por la otra.

“QUINTA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la Sociedad de Inversiones en Energía S.A. al pago a favor de CAPITAL ADVISORY PARTNERS y AGORA FINANCIAL CORP de la suma de dinero en pesos colombianos equivalentes a una suma no menor de a US\$1.270.994.00, liquidados a la tasa representativa del mercado aplicable el 14 de mayo de 2010, junto con los intereses de mora liquidados a la tasa legal, desde el día de la admisión de esta demanda y hasta el día en que se cancele el valor total de la condena.

“SEXTA: Que se condene a la parte demandada a cancelar las costas y agencias en derecho de este proceso.

“PRIMERA SUBSIDIARIA: En subsidio de la quinta pretensión principal, que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la Sociedad de Inversiones en Energía S.A. al pago a favor de CAPITAL ADVISORY PARTNERS y AGORA FINANCIAL CORP de la suma no menor de a US\$1.270.994.00, liquidados en pesos colombianos conforme a las normas vigentes, junto con los intereses de mora liquidados a la tasa legal desde el día de la admisión de esta demanda y hasta el día en que se cancele el valor total de la condena.

“SEGUNDA SUBSIDIARIA: En subsidio de la primera subsidiaria, que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la Sociedad de Inversiones en Energía S.A. al pago a favor de CAPITAL ADVISORY PARTNERS y AGORA FINANCIAL CORP de la suma no menor de a US\$1.270.994.00, conforme a las normas vigentes, junto con los intereses de mora correspondientes, desde el día

de la admisión de esta demanda y hasta el día en que se cancele el valor total de la condena.”

4. Los hechos en que se fundamenta la demanda

4.1. Entre las partes de este proceso se celebró un contrato ajustado mediante instrumentos del siete (7) de octubre de dos mil ocho (2008) (Oferta) y veinte (20) de los mismos mes y año (Aceptación), para la prestación de unos determinados servicios de asesoría de las convocantes a la convocada.

4.2. En los anteriores textos contractuales el objeto del contrato se define, como *“los servicios como asesores estratégicos y financieros para la venta de la participación accionaria que la Sociedad de Inversiones en Energía S.A. (“SIE” o la “Compañía”) tiene en Organización Terpel S.A. (“Terpel)”* y luego, dentro de este mismo texto, se indica que para lo anterior se ejecutarían las siguientes actividades:

- *“Análisis de valoración de Terpel utilizando las metodologías de flujo de caja descontando, múltiplos de compañías comparables y múltiplos de transacciones; este análisis se desarrollará independientemente para las operaciones de distribución de combustibles de Colombia, Chile, Panamá y Ecuador, y para la operación de Gazel, y a partir de los resultados de valoración de cada una de estas operaciones se efectuará una consolidación de las proyecciones y de los resultados de valoración de la Organización Terpel;*
- *Análisis de sensibilidad de las valoraciones sobre las variables críticas de cada una de las operaciones, y sobre las variables críticas de cada uno de los mercados en los que opera Terpel;*
- *Recomendación sobre precio y estructura para la venta de la participación accionaria de SIE en Terpel, especialmente en lo que se refiere a una estructura que permita minimizar el impacto tributario de la venta sobre la SIE y los accionistas de la SIE;*
- *Recomendación respecto a estructura y estrategia para desarrollar un proceso de venta competitivo que permita maximizar el valor de la venta;*
- *Coordinación del proceso de venta con quienes ya se ha dado inicio a un proceso, y con otros potenciales compradores que serán seleccionados de común acuerdo entre los vendedores y los asesores;*

- *Coordinación de la entrega de información, presentaciones y aclaraciones a potenciales compradores en la etapa previa a la presentación de ofertas no vinculantes;*
- *Preparación de las presentaciones y todos los demás documentos que sean necesarios para las reuniones con los potenciales compradores;*
- *Evaluación, análisis y recomendación respecto a ofertas no vinculantes recibidas;*
- *Apoyo en la preparación del cuarto de datos, y coordinación del proceso de debida diligencia a ser desarrollado por aquellos oferentes que hayan presentado ofertas no vinculantes en condiciones aceptables para los vendedores;*
- *Apoyo en la preparación de la documentación requerida para la venta, incluyendo el contrato de compraventa de acciones;*
- *Recomendación respecto a estrategia de negociación con los potenciales compradores;*
- *Acompañamiento en la negociación de la documentación definitiva para la venta de las acciones;*
- *Acompañamiento permanente en la gestión y manejo de las relaciones con las autoridades gubernamentales que se requieran.”*

4.3. Para determinar la causación de unos determinados honorarios (Comisión de Éxito), las partes previeron un evento futuro e incierto que denominaron “Transacción” y que definieron dentro de ese mismo texto contractual así: *“significa la adquisición, directa o indirectamente, por un tercero, en una o varias transacciones, de todas, o una porción de la participación accionaria que SIE tiene en Terpel, ya sea mediante fusión, adquisición, consolidación, reorganización, reestructuración, compra de activos, inversión o sociedad, o cualquier otra transacción extraordinaria que involucre dicha participación accionaria.”*

4.4. Para los efectos anteriores, esto es, para la determinación de la “Transacción”, las partes acordaron que ella tenía el mismo mérito, esto es, causar los honorarios referidos, si ocurría, no solo dentro del término del contrato (doce (12) meses) sino, además, dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a su terminación, sin importar la causa de ella. Ese término adicional dentro del que prolongaba sus efectos la “Transacción” (causar los honorarios) lo llamaron “tail” o “cola del Contrato”.

4.5. El catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) la Compañía de Petróleos de Chile S. A., COPEC, adquirió el 100% de las acciones de AEI Colombia Holding Ltda. y AEI Colombia Investment Ltd., sociedades a través de las cuales adquirió los derechos que éstas poseen en la operación de la Organización Terpel S. A.

4.6. Esta operación, a juicio de las demandantes, constituye una “Transacción”, de acuerdo con el contrato de asesoría celebrado entre las partes conforme a la oferta del siete (7) de octubre de dos mil ocho (2008) de las convocantes, aceptada el veinte (20) de octubre del mismo año por la convocada.

4.7. Las sociedades convocantes cobraron los honorarios que se habrían causado por la ocurrencia del evento denominado “Transacción”, presentaron facturas para esos efectos y la convocada rechazó el pago de esos honorarios pretextando no haberse causado, por no haber existido una “Transacción” en los términos del Contrato que sirve de fundamento a sus pretensiones, ni como consecuencia de gestiones realizadas a su amparo.

5. La oposición contenida en la contestación de la demanda

Dentro de la oportunidad legal, Sociedad de Inversiones en Energía S. A. se opuso a la demanda arbitral indicando que las pretensiones carecían de sustento en el contrato, en la Ley y en los hechos ocurridos realmente. Formuló como excepciones perentorias las que denominó “Inexistencia de la “Transacción” objeto de los servicios ofrecidos por las convocantes a la convocada”; “Inexistencia de una “Transacción” celebrada el catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) de acuerdo con lo previsto en el contrato celebrado entre las partes”; “Inexistencia de contrato de mandato sin representación entre la SIE y sus accionistas”; “Excepción de contrato no cumplido” y propuso la denominada excepción genérica.

6. Las pruebas decretadas y practicadas

Todas las pruebas solicitadas por las partes en sus respectivos escritos fueron decretadas y practicadas, así:

6.1. Documentales aportadas por la parte demandante y la parte demandada.

6.2. Dictamen pericial a cargo de un experto en operaciones nacionales e internacionales de adquisición, compra e integración de compañías que fue rendido por el profesor Julio Ernesto Villarreal Navarro, respecto del cual se surtió el trámite de aclaración y complementación y que no fue objetado.¹⁰

6.3. Se ofició a la Superintendencia Financiera de Colombia para que remitiera al Tribunal los documentos que allí reposaran relacionados con la “Información Eventual” remitida por la Sociedad de Inversiones en Energía S.A., y como consecuencia de ello se dispuso la incorporación al expediente de la información correspondiente¹¹.

6.4. Se surtió el interrogatorio de parte de los representantes legales de las sociedades convocantes y de la sociedad convocada¹².

6.5. Se recibieron los testimonios de Tulio Rabinovich Manevich, Rafael Rivas Mallarino, Armando Luis Montenegro Trujillo, Rudolf Manuel Hommes Rodríguez, José Oscar Jaramillo Botero y Rodolfo Castillo García¹³. La declaración testimonial de Arturo Natho fue recibida por las partes¹⁴ y agregada al plenario de común acuerdo, y de oficio se decretó el testimonio de Jorge Alonso Torrado Angarita. Respecto del testimonio de Mariana Posse, la parte demandada, solicitante de la prueba, desistió.¹⁵

6.6. Aunque se decretaron, las partes desistieron de la práctica de las inspecciones judiciales solicitadas en la demanda y contestación respecto de las sociedades Sociedad de Inversiones en Energía S. A., Capital Advisory Partners Corp.; Agora Financial Corp.; Tovar Fajardo & Asociados, Organización Terpel S. A. y Terpel del Centro S. A., y, en su lugar, de manera conjunta, aportaron los documentos cuya exhibición pretendían.¹⁶

6.7. El reconocimiento de documentos decretado a instancia de la convocada no se practicó, toda vez que en el término otorgado para precisar los documentos sobre los cuales versarían las ratificaciones, los folios en los que obraban en el expediente, las

¹⁰ Folios 970 a 1164, 1221 a 1285 y 1295 a 1315 del Cuaderno de Pruebas número 2

¹¹ Folios 1317 a 1391 del Cuaderno de Pruebas número 2

¹² Sus transcripciones obran a folios 1206 a 1218 del Cuaderno de Pruebas número 2

¹³ Sus transcripciones obran a folios 674 a 707 y 1165 a 1204 del Cuaderno de Pruebas número 2

¹⁴ Folios 191 a 197 del Cuaderno Principal número 1

¹⁵ Acta número 9, que obra a folios 178 a 183 del Cuaderno Principal número 1

¹⁶ Folios 720 a 967 del Cuaderno de Pruebas número 2

personas que debían rendir la ratificación y lugar donde podrían ser citadas, tales precisiones no fueron efectuadas.

7. Oportunidad de Conciliación

Tal y como lo dispone la ley, oportunamente se citó a las partes para que concurrieran a una audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el once (11) de mayo de dos mil once (2011), sin que las partes pudiesen llegar a una fórmula para conciliar las diferencias objeto del presente Tribunal.

8. Las alegaciones de las partes

El veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012) se llevó a cabo audiencia de alegatos de conclusión. A cada una de las partes se le concedió el término correspondiente para que hicieran sus respectivas alegaciones orales. Al finalizar dicha audiencia, cada una de las partes entregó un resumen escrito de sus alegatos orales, los cuales fueron incorporados al expediente.

En su alegato, la parte demandante hizo un resumen del litigio, reiteró la celebración del contrato entre las partes, cuya existencia y validez no fue cuestionada en el trámite, la gestión de parte de las convocantes en la asesoría contratada por la convocada, la terminación del contrato por el cumplimiento del plazo previsto en el mismo y la celebración de una “transacción” en el plazo posterior a la terminación definido como “*la cola*” del contrato con un potencial comprador contactado durante la ejecución del contrato de asesoría.

Considera la convocante que cuando COPEC adquirió la participación que AEI tenía en SIE se cumplieron todas las condiciones de las que dependía la comisión de éxito pactada en el contrato y que la misma ha debido pagarse a las convocantes.

Manifestó la parte convocante que quedó probado que: (i) el objetivo de AEI consistía esencialmente en enajenar el control que detentaba sobre la Organización Terpel S. A. y que por ello SIE contrató a las convocantes, contando con la aceptación de sus demás accionistas, (ii) que se ejecutó efectivamente el contrato de asesoría en varios de sus aspectos (conformación del equipo de trabajo, definición de la estructura de la transacción, valoración de la Organización Terpel S. A. y lo que denominó otros trabajos), (iii) que se hizo el contacto con COPEC como potencial interesado en

adquirir el control de la Organización Terpel por parte de J. P. Morgan Securities Inc., quien era el encargado de esas labores, hecho que, en todo caso, no afectaba la causación de la comisión, (iv) que el contrato de venta de acciones que suscribiría COPEC fue diseñado para adquirir el control de la Organización Terpel S. A., (v) que el tránsito del Grupo Colombia de vendedor a potencial comprador y la asesoría de las convocantes por el desinterés en hacer la venta a COPEC por el precio inicialmente ofrecido, no afecta el derecho de las convocantes derivado de “*la cola*” del contrato, al no haber limitación legal o contractual al respecto y, que, además, por haberse dado en momentos distintos no hubo conflicto de intereses por esta causa, (vi) que J.P. Morgan y Torrado, Angarita & Pinzón asesoraron a AEI para la misma transacción, luego de que la SIE dio por terminados los contratos de asesorías iniciales con ellos mismos, pero que dicho hecho no excluye la existencia de la “transacción”, (vii) que hubo transacción en los términos definidos en el contrato por haberse dado la venta de una participación indirecta en la SIE al haberse enajenado los vehículos *offshore* de AEI, (viii) que hubo actos conexos y posteriores a la transacción con los que se ha consolidado el control de COPEC de la Organización Terpel S. A. Finalmente, la parte convocante hizo una referencia a los fundamentos de derecho que a su juicio son aplicables al presente asunto, entre ellos la interpretación del contrato conforme a la intención de las partes y a la ejecución que hicieron del mismo.

Por su parte, la convocada señaló, en síntesis, lo siguiente como defensa en contra de las pretensiones del demandante: a su juicio no hubo transacción en los términos del texto contractual definido por las partes y expresa que su interpretación debe ser literal al no ofrecer duda alguna las estipulaciones pertinentes.

Sostuvo que la oferta que dio lugar al contrato fue redactada por las convocantes y que en ella no existe referencia alguna a “venta de vehículos”, “beneficiario real”, “último beneficiario” o “cambio de control”, a pesar de que las convocantes eran expertas en la materia y podrían haberlas incluido. Señaló también que una interpretación sistemática del contrato, y no solamente de la cláusula donde aparece la definición de “Transacción”, permite concluir que ésta no ocurrió en la operación llevada a cabo por AEI.

Señaló que la interpretación de las convocantes es tardía y acomodada a sus intereses, pero que, aún bajo su tesis, tampoco hubo “Transacción” porque se requería un contrato de mandato que no se celebró, que se vendieran las acciones de

todos los accionistas de las SIE y, además, que la operación se hiciera a nivel de la SIE.

Alegó también que no hubo gestión alguna de parte de las convocantes a favor de la convocada y que, en tal medida, las obligaciones pactadas a su cargo estarían incumplidas. Y por último, como excepción genérica, invocó que la operación calificada como transacción no se debió a la gestión de las convocantes, que la composición accionaria de Organización Terpel S.A. no se modificó por la supuesta transacción, y que no hay causa para la convocada en el pago de la comisión, en la medida en que dicha compañía no recibió beneficio alguno de la pretendida transacción. Finalmente expresó que la comunicación remitida el trece (13) de mayo de dos mil diez (2010) por parte de la convocada a las convocantes, en la que se incluye la renuncia a la comisión de éxito, era una consencuencia natural del acuerdo ya logrado sobre la terminación del contrato y que no tiene la significación que le ha querido dar la convocante.

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal observa, en primer lugar, que su competencia y habilitación para decidir, cuestiones resueltas en la Primera Audiencia de Trámite, no fueron objeto de cuestionamiento alguno en el curso de la instrucción, ni existen elementos de juicio adicionales que puedan llevar al tribunal a revisar aquella posición. En consecuencia, se confirma su competencia y habilitación para resolver esta causa.

El Tribunal encuentra que se hallan reunidos los presupuestos procesales y materiales, y que no se configura causal de nulidad procesal alguna. En consecuencia, procede a dictar laudo de mérito, en derecho, en los términos que se consignan a continuación.

1. CUESTIONES PREVIAS

El Tribunal se pronuncia sobre las siguientes cuestiones probatorias, en primer lugar.

1.1. Tacha del testigo Rafael Rivas Mallarino

El señor Rafael Rivas Mallarino, testigo ofrecido por la parte convocante, rindió declaración en la audiencia del día veinte (20) de junio de dos mil once (2011) en la que, al consignar los generales de ley, manifestó tener *“una participación accionaria en una de las convocantes, Agora Corp.”* y haber *“estado presente en este episodio desde el comienzo... en compañía de Rudolf Hommes y Ernesto (sic) Montenegro”* (folio 685 del Cuaderno de Pruebas número 2).

Terminado el interrogatorio que le formularon el Tribunal, en primer lugar, y el apoderado de las sociedades convocantes, el procurador arbitral de la convocada tachó al testigo porque *“claramente es una persona que tiene interés económico directo en el proceso”* (folio 701 del Cuaderno de Pruebas número 2), fundado en lo que preceptúa el artículo 217 del C. de P. C.

Tiene bien establecido el derecho probatorio, por una parte, que en los requisitos de veracidad del testimonio pesan los nexos y relaciones del declarante con los intereses que están en juego dentro del proceso y, por la otra, que en muchas ocasiones es no solo útil sino necesario escuchar el testimonio de personas vinculadas con las partes, o con los resultados del proceso, pero la ley previene al juez sobre la necesidad de apreciar esos testimonios *“de acuerdo con las circunstancias de cada caso”* (art. 218 in fine, C. de P. C.).

El tribunal considera útil tomar en cuenta la versión del señor Rafael Rivas Mallarino por su conocimiento especializado de la operación de banca de inversión, por su intervención en el iter de dos contratos cuyas vicisitudes habrá que valorar, así como por el conocimiento minucioso, desde su perspectiva, de múltiples circunstancias de esta controversia. Al apreciar su versión, en todo caso, el tribunal procederá con el rigor que imponen las circunstancias propias de esta controversia, tal y como lo previene la norma que acaba de citarse, en concordancia con lo que prescribe el artículo 187 (*“Apreciación de las pruebas”*) del mismo texto legal.

1.2. Oposición a la consideración de unos determinados documentos

El plenario registra dos solicitudes de rechazo de documentos aportados durante las declaraciones de Rudolf Hommes y Rafael Rivas, ambas practicadas el día veinte (20) de junio de dos mil once (2011).

1.2.1. Documentos entregados por el declarante Rudolf Hommes. El tribunal excluye de estas consideraciones los documentos que obran a folios 316 a 322 (Cuaderno de Pruebas número 1), que no son objeto de oposición.

Los documentos bajo examen están precedidos de un texto de nueve (9) páginas (folios 266 a 274 del Cuaderno de Pruebas número 1), rotulado “Ayuda de Memoria”, cuya finalidad, es “*hacer una ayuda de memoria de los principales hechos relacionados con el desarrollo del contrato*” que nos ocupa, seguida de “*siete paquetes de documentos... como soportes*”, que corresponden a cada una de las ocho (8) secciones de esa misma “Ayuda de Memoria”.

El tribunal no tendrá en cuenta estos documentos por tratarse de una recopilación de correos electrónicos (*e-mails*) que han debido agregarse a la demanda para precaver el derecho de defensa y réplica de la parte convocada, máxime ante el hecho evidente de que no se trataba de un ofrecimiento espontáneo del declarante. En efecto, esos documentos habían sido objeto de consideración por el apoderado de las convocantes puesto que en ese mismo momento manifestó su intención de formular preguntas sobre ellos al aportante de esas piezas documentales (folio 679 del cuaderno de pruebas número 2).

1.2.2. Documentos entregados por el declarante Rafael Rivas. Los documentos objetados obran a folios 590 a 672 del Cuaderno de Pruebas número 1, y salvo unos correos electrónicos (*e-mails*) cursados entre terceros (4 folios), el resto corresponde a documentos en idioma extranjero. En estas circunstancias, se trata de documentos que no pueden tener consideración alguna por el tribunal de acuerdo con lo que preceptúan los artículos 260 y 269 del C. de P. C..

2. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en las pretensiones incoadas por la actora los problemas jurídicos que plantea esta controversia se concretan así:

1º. Si efectivamente las partes “*convinieron un contrato de asesoría*” en los términos de las comunicaciones cursadas entre ellas el siete (7) y el veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008) (Primera Pretensión).

2°. Si la operación económica del catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) en la que la Compañía de Petróleos de Chile, COPEC, “*adquirió el 100% de los derechos de AEI Colombia Holding Ltd. y AEI Colombia Investment Ltd. en la operación de la Organización Terpel*” (Hecho No. 4.8 de la Demanda, contestado como cierto, en lo esencial) puede ser calificada como una Transacción “*de conformidad con el contrato convenido entre CAPITAL ADVISORY PARTNERS y AGORA FINANCIAL CORP, por una parte, y la Sociedad de Inversiones en Energía, por la otra*” (Tercera Pretensión).

3°. Si lo anterior fuere así, ¿está la convocada “*obligada a pagarle a CAPITAL ADVISORY PARTNERS y a AGORA FINANCIAL CORP una comisión de éxito... de acuerdo con lo previsto*” en las secciones 2 y 6 del contrato a que se refiere la primera cuestión? (Segunda Pretensión).

Los anteriores problemas jurídicos se despachan a continuación, en derecho, de acuerdo con lo que ofrecen los hechos que han quedado probados o, en su caso, las excepciones que hubieren prosperado.

3. LA EXISTENCIA DE UN “CONTRATO DE ASESORÍA”: OBJETO, FINALIDAD Y MOTIVOS DETERMINANTES

Esta controversia es estrictamente contractual y así lo confirman las contestaciones de la convocada al capítulo 2 de los Hechos de la demanda rotulado “**EXISTENCIA Y CONTENIDO DEL CONTRATO**”, en particular a los Hechos 2.1 y 2.2, en los que se afirma la existencia de una “*oferta de contrato de asesoría*” enviada por las convocantes a la convocada el día siete (7) de octubre de dos mil ocho (2008) y la aceptación de ésta última en escrito del día 20 de esos mismos mes y año, documentos que obran como parte de la prueba documental agregada con la demanda, Nos. 1.1 y 1.2 (folios 1 a 6 del Cuaderno de Pruebas número 1).

Para lo que de manera estricta se requiere (art. 304 del C. de P. C.), este contrato es bilateral, entre comerciantes, oneroso, conmutativo y aleatorio (arts. 1496 a 1498 del C. C.), y siendo atípico su matriz es el contrato de mandato comercial sin representación (C. de Co., arts. 1262 a 1286), su término de duración inicialmente convenido fue doce (12) meses de (veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008) a veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009)) y su precio (honorarios del mandatario) quedó librado a lo que en su mismo texto se denominó y tasó como una prima de éxito, esto es, la existencia de esta prestación dependía de una condición

positiva (el acaecimiento de la “Transacción”), previsiones contractuales acordadas en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que no encuentran reproche alguno en el plenario respecto de su existencia y eficacia y que llegan a este momento procesal con la plenitud de su fuerza normativa (art. 1602 del C. C.).

Como la controversia de las partes tiene que ver con el alcance y cabal entendimiento del objeto del contrato -por cuanto disputan si lo que hizo la convocante se adecúa de manera estricta a la finalidad del encargo o a lo expresamente previsto en el contrato-, sin perjuicio de lo que se estudiará en el punto siguiente -la ejecución de las prestaciones de ambas partes- es necesario hacer algunas consideraciones acerca de las personas y objeto sobre los que recaía la actividad profesional de la convocante (comerciante), sobre algunas vicisitudes relevantes del contrato y sobre el mérito que las partes le atribuyeron a un suceso futuro e incierto acaecido por fuera del término del contrato (en su “cola” o *tail*), con aparente desvinculación de las ejecutorias de la convocante, suceso en el que ésta funda el derecho a la remuneración que persigue.

1°. La parte contratante es la Sociedad de Inversiones en Energía S.A., sociedad colombiana, domiciliada en Bogotá, con una composición de capital que, salvo pequeñas modificaciones en el grupo de accionistas minoritarios, se ha mantenido inalterada pese al acaecimiento –disputado por la convocada- de la condición a que se refiere la segunda cuestión jurídica. En efecto, si se observa su composición accionaria en los días previos y posteriores a la fecha en la que se habría cumplido la condición (14 de mayo de 2010) de la que dependen los honorarios que se reclaman en la segunda pretensión de la demanda, se verifica lo que se acaba de sentar (Dictamen del experto Julio E. Villarreal, Tablas 3.1 y 3.2, folios 992 y 993 del Cuaderno de Pruebas número 2), y esto constituye uno de los argumentos de la oposición de la convocada.

2°. La finalidad de la gestión de los Asesores (nomenclatura del Contrato) era, según lo que rezan los textos contractuales, *“la venta de la participación accionaria que la Sociedad de Inversiones en Energía S.A. ... tiene en Organización Terpel S.A.”* (Primer párrafo de la Oferta de Servicios de la convocante, del siete (7) de octubre de dos mil ocho (2008)) o, eso mismo, mediante *“la adquisición directa o indirectamente, por un tercero, en una o varias transacciones, de todas o una porción de la participación accionaria que SIE tiene en Terpel, ya sea mediante una fusión, adquisición, consolidación, reorganización reestructuración, compra de activos,*

inversión en sociedad, o cualquier otra transacción extraordinaria que involucre dicha participación accionaria” (Ibídem, Sección 1, último párrafo).

En los documentos contractuales las partes definieron la existencia u ocurrencia de la operación anterior como el evento futuro e incierto bajo la forma de una condición positiva (C. C. art. 1531) de la que dependía la existencia de los honorarios que se disputan, suceso al que denominaron con el término “*Transacción*”, que tiene, en esta controversia, únicamente el significado que las partes expresamente le asignaron.

3°. La parte convocada considera que esta condición ha resultado fallida (C. C. art. 1539) y tal afirmación constituye el meollo de dos excepciones (Primera y Segunda) presentadas bajo la misma afirmación (“Inexistencia de la “*Transacción*”), que resume así: “*Durante el período de vigencia del Contrato y, posteriormente, durante el “tail”, la SIE no vendió su participación accionaria en la sociedad Organización Terpel S.A. y aún hoy conserva la misma participación”* (Párrafo final de la Primera Excepción, folio 91 del Cuaderno Principal número 1).

4°. El término de duración del contrato era un año, esto es, iba del veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008) al veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009). Sobre este elemento del contrato las pruebas ofrecen las siguientes vicisitudes:

a) La convocante afirma que durante el término de ese año “*no se celebró ninguna Transacción de las comprendidas en el contrato*”, afirmación que contesta la convocada diciendo que es cierta (Hecho 3.14 y párrafo final de su Contestación).

b) El tribunal encuentra probado que el término originalmente convenido habría vencido de manera natural el veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009) y que los dieciocho (18) meses adicionales, esto es, la cola o “*tail*” del contrato según término utilizado por ambas partes, de común entendimiento, habría ido hasta el veinte (20) de abril de dos mil once (2011).

c) Sin embargo, del relato de la convocante (Hechos 3.21 a 3.23), admitido por la convocada, el término de la cola o “*tail*” del contrato (18 meses adicionales “*posteriores a la terminación de la Asesoría*”, según la Sección 6 de la oferta contractual) habría corrido hasta el veinte (20) de marzo de dos mil once (2011) (Hecho 3.21) o hasta el veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011), sin que resulte relevante precisar cual de esas dos es la fecha cierta del vencimiento de la

cola o “tail” del contrato, puesto que la Transacción que invoca la convocante ocurrió el día catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010), oportunidad que queda cubierta por cualquiera de aquellas dos fechas (Hecho 3.23 y su Contestación).

5°. La cola o “tail” del contrato constituye una extensión de la fuerza normativa del contrato para determinar la causación de unos honorarios “*si la SIE o sus accionistas hacen una Transacción dentro de los dieciocho meses posteriores a la terminación de la Asesoría prestada por los Asesores, con alguno de los interesados que haya participado en esta primera etapa del proceso...*”, sin importar la causa por la que hubiera terminado ese contrato de asesoría.

En congruencia con lo que acaba de sentarse, nada importa que este contrato se hubiera terminado de manera válida (“*con o sin causa*”, reza el Contrato en su Sección 6) porque, precisamente, los efectos que se querían preservar en la cola o “tail” del contrato, se pactaron a sabiendas de que ellos ocurrirían a pesar de la expiración del plazo de duración del contrato, o de cualquiera otra causa válida de terminación del mismo.

La claridad del texto contractual exime al tribunal de más ejercicios hermenéuticos para admitir la existencia y regularidad de la previsión contractual que se comenta. Además, sobre estas previsiones jurídicas nada controvierten las partes.

6°. En párrafos anteriores el tribunal dejó consignado el perfil de este contrato que si bien se erige sobre el mandato sin representación, ese tipo constituye apenas la matriz en la que se convino un negocio jurídico, muy conocido y trajinado en el derecho comercial empresarial, propio de las actividades de la denominada banca de inversión en la que unos propietarios, inversionistas, empresarios o empresas, actuando como mandantes, le encomiendan a unos profesionales (Asesores) la valoración de unos determinados bienes empresarios (materiales e inmateriales) que desean comprar o vender (acciones, cuotas o partes de interés; activos determinados o empresas que se escinden, fusionan o reestructuran), teniendo en cuenta el concepto de empresa en marcha (*going on*), utilizando para ello métodos de valoración corrientes entre esos profesionales y que forman parte de las reglas del arte, y con la misión de buscar, identificar, aproximar o invitar operadores comerciales interesados en la adquisición o venta de los bienes objeto de aquellas valoraciones.

La Superintendencia Bancaria, ahora Superintendencia Financiera, se ha ocupado en varias ocasiones de esta forma contractual para indicar que *“la banca de inversión es entendida básicamente como una labor de asesoría”* (Oficios 001-9303753 del 21 de diciembre de 1993 y 0022523 del 11 de junio de 2004) y que el ejercicio de su objeto no requiere trámite alguno ante el órgano de vigilancia y control de la actividad financiera (Concepto 007412-1 del 17 de febrero de 2004).

El elenco de prestaciones a que dan lugar los contratos de banca de inversión es variado y su determinación depende no solo de las finalidades de los interesados sino, también, de las actividades y bienes sobre los que se encomienda el mandato específico. El contrato que nos ocupa es de esta naturaleza y carácter.

7°. Finalmente, si se indaga la génesis de este contrato, parece que el origen de estas estrategias lo constituye la decisión de las sociedades AEI (Ashmore Energy International) de salir de sus participaciones societarias que representaban un determinado poder decisorio, directo o indirecto, en el gobierno y flujos de caja de la Organización Terpel S.A., sin que los accionistas de SIE, los que luego se identificarían como Grupo Colombia, tuvieran la intención de vender, mucho menos de comprar.

Con fundamento en lo que ofrece el plenario es razonable y fundado hacer la siguiente reducción o simplificación de la manera como se estructuraron estas relaciones contractuales. Rafael Rivas, en versión que carece de sospecha alguna, relata cómo *“AEI que es la accionista controlante de Promigás había decidido otorgarle el mandato que nosotros estábamos pidiendo, el mandato de venta de Terpel a J. P. Morgan que es un banco de inversión con el cual AEI tiene mucha relación porque las principales personas de AEI venían de J. P. Morgan”* (declaración en la que refiere una conversación de Antonio Celia de Promigás, con él, Rudolf Hommes y Armando Montenegro, folio 685 del Cuaderno de Pruebas número 2. Subrayas del tribunal). En efecto, cuando las convocantes ajustan su contrato de asesoría con la convocada, ya existía, con apreciable antelación, un vínculo contractual de las sociedades AEI con J. P. Morgan Securities Inc. y con el despacho jurídico Torrado, Angarita y Pinzón para procurar la venta de sus participaciones societarias, el primero en tareas de banca de inversión, y el segundo en aspectos relacionados con la estrategia y diseños jurídicos propios de lo que se conoce en el derecho societario como fusiones y adquisiciones, hasta el punto de afirmar Jorge Torrado en su declaración, que *“Realmente la génesis de esa operación nace en*

nuestra firma de abogados... nosotros éramos asesores de Ashmore Energy International de tiempo atrás,... denominado AEI...”, y a renglón seguido explica cómo idearon la estrategia para “sacar un activo y venderlo separadamente”, pidieron y obtuvieron una cita con los voceros de AEI en Houston, USA, y luego de describir con algún detalle la operación que propusieron concluye que, “dentro de ese negocio que era exclusivamente de AEI nos contrataron a nosotros, formalizamos nuestro contrato con AEI y contrataron a J. P. Morgan para ir buscando unos potenciales compradores” (folio 1393 del Cuaderno de Pruebas número 2). A continuación advierte cómo esta asesoría suya y de J.P. Morgan nada tenía que ver con la Sociedad de Inversiones en Energía S.A.

Lo anterior lleva a la convicción de que las convocantes, CAPITAL ADVISORY PARTNERS CORP. y AGORA FINANCIAL CORP. no tenían vocación alguna de procurar por la venta de las participaciones societarias de las sociedades AEI a las que se ha hecho referencia, sino que sus gestiones estaban inequívocamente encaminadas a procurar por la venta de las participaciones de los accionistas de SIE, distintos o desvinculados de las sociedades AEI, quienes quedaron caracterizados en esas tratativas y en las declaraciones del plenario como el Grupo Colombia. A esta circunstancia se refiere, sin duda alguna, la Oferta de Asesoría de las sociedades convocantes (siete (7) de octubre de dos mil ocho (2008)) cuando precisan: *“Los Asesores ejecutarán estas actividades conjuntamente con J. P. Morgan Securities Inc.... que ha sido contratado de igual manera que los Asesores para actuar como asesor de la SIE en la Transacción. La Compañía les dará a los Asesores y a J. P. Morgan instrucciones referentes al trabajo en equipo y el programa de trabajo a llevar a cabo”* (Oferta de Contrato, Sección 1, “Objeto y Alcance de la Asesoría”, folio 2 del Cuaderno de Pruebas número 2).

Para explicar por qué la Sociedad de Inversiones en Energía S.A. puso en cabeza suya los contratos de todos los asesores que concurrieron a esta operación, Jorge Torrado refiere que cuando los accionistas colombianos o Grupo Colombia, también deciden vender, *“Nos trasladan nuestros contratos a la SIE”* (incluye el de J. P. Morgan según esta declaración), y la justificación que les da AEI es que si van a trabajar para todo el mundo (AEI más accionistas colombianos), *“no tiene sentido que nosotros AEI paguemos sus honorarios y los de J.P. Morgan, si esto va a ser un beneficio para todo el mundo”*, y concluye: *“nosotros estuvimos de acuerdo con eso bajo el entendido de que íbamos a trabajar para la totalidad de los accionistas de la SIE, es decir, que si no fuera así no podríamos asumir que la SIE tuviera que pagar*

los honorarios nuestros, pero como era una causa común de un objeto común y de un negocio común, así se hizo y aceptamos que esos contratos se trasladaran a la SIE” (folio 1394 del Cuaderno de Pruebas número 2).

La ejecución contractual reveló que las relaciones entre estos grupos de asesores no fueron fluidas, ni pacíficas y que la banca de inversión J. P. Morgan Securities Inc. no parece haber estado involucrada en una asesoría en beneficio de todos los accionistas de la SIE, y fue tan evidente ese comportamiento que mereció el reproche de varios intervinientes o interesados en la operación (En este sentido, Rafael Rivas y Tulio Rabinovich, folios 688, y 1166 del Cuaderno de Pruebas número 2, respectivamente, por ejemplo).

Fracasado el intento por lograr una venta colectiva, que incluía los intereses de las sociedades AEI y los de los accionistas de SIE, estos contratos de asesoría quedaron sin causa y finalidad alguna, los accionistas colombianos cambiaron sustancialmente su interés frente a esta operación (de vendedores pasaron a ser probables compradores), y las sociedades AEI y sus asesores (J. P. Morgan y Torrado, Angarita y Pinzón) persistieron en la idea y posición primigenias, esto es, en la venta de las participaciones societarias tantas veces referidas. En la sección siguiente de este laudo arbitral se volverá sobre algunas de estas vicisitudes empresarias.

4. LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

El análisis sistemático de la ejecución contractual estará encaminado a dilucidar si ocurrió o no una operación comercial, con determinadas consecuencias societarias, que se adecuaba a lo que acordaron las partes (la “Transacción”) como causa eficiente del pago de los honorarios (comisión de éxito) que reclaman las sociedades convocantes, y si tal evento estaba cubierto por los efectos normativos del contrato que nos ocupa, o si ello ocurrió al amparo de otras relaciones contractuales, diferentes del negocio jurídico que las partes ajustaron mediante comunicaciones de los días siete (7) y veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008).

Observa el tribunal, en primer lugar, que la SIE es también un mero “vehículo de inversión” en el sentido utilizado a lo largo de este proceso (Rafael Rivas, folio 691 del Cuaderno de Pruebas número 2, Rudolf Hommes, folios 675 y 682 del Cuaderno de Pruebas número 2, por ejemplo) esto es, una compañía “que solo existe con el propósito de tener acciones” (Rafael Rivas), en este caso, un ente societario

destinado a canalizar recursos hacia otra sociedad que opera un negocio en el que efectivamente existen flujos de caja, producto de las inversiones que directa o indirectamente tiene la SIE en la Organización Terpel S.A., en la que cobra importancia el control de su gobierno.

En este orden de ideas, para entender el alcance de la asesoría de las sociedades convocantes a la convocada es necesario tener en cuenta que se trataba de una gestión llamada a reflejarse, más allá de cualquier nominalismo societario, en la disposición o pérdida del control sobre los flujos de caja y sobre el gobierno corporativo de la Organización Terpel S.A., bajo cualquiera de las modalidades a que se refiere el contrato que existió entre las partes.

Lo que culminó en la operación comercial fechada el catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) (la adquisición de la Compañía de Petróleos de Chile, COPEC S.A.) ofrece dos momentos caracterizados por la intención explícita de los beneficiarios reales de esta Asesoría **-vender o comprar-**, punto en el que debe reiterarse que esta estrategia comercial se originó en la decisión de unos determinados inversionistas extranjeros (AEI Colombia Holding Ltd. y AEI Colombia Investment Ltd.) de deshacerse de sus participaciones (*desinversión* fue el término utilizado en el proceso, para esos efectos) en el negocio de distribución de combustibles radicadas en la Organización Terpel S.A., inversionistas que mantuvieron a lo largo de este trámite comercial la posición inequívoca de vendedores¹⁷.

El tribunal pasa a estudiar las dos etapas de esta estrategia comercial.

4.1. Etapa contractual en la que todos quieren vender

Esta etapa quedó bien ilustrada en la instrucción de este arbitraje y lo que consigna el tribunal a continuación se fundamenta en todas las declaraciones recibidas en el plenario, habiendo resultado especialmente clarificadora y sintetizadora la del abogado Jorge Torrado Angarita.

¹⁷ La propia convocante reconoce la existencia de estas dos etapas, al afirmar, en el hecho 3.14 de su demanda que durante el término de 12 meses transcurrido entre el 20 de octubre de 2008 y el 20 de octubre de 2009, previsto en el contrato, “se ejecutaron las actividades encaminadas al proceso de venta y se concluyó la denominada fase 1 del proceso de venta...”

En una primera etapa la mayoría -casi la totalidad- de los accionistas de SIE estuvieron de acuerdo en vender sus participaciones directas o indirectas (Terpel del Centro S. A.) en la Organización Terpel S. A., decisión en la que, inclusive, se identificaron los grupos más significativos de esa decisión, titulares de sus propios intereses, descritos por los declarantes como el Grupo Colombia, el Grupo de la familia Scarpetta, Corficolombiana y los accionistas minoritarios.

A la luz de lo que ofrecen las pruebas, no hay duda alguna de que las sociedades convocantes recibieron un encargo de la convocada (Sociedad de Inversiones en Energía S.A.) sin restricción alguna de los beneficiarios de sus gestiones, esto es, sus gestiones no estaban limitadas a la venta de la participación accionaria de alguno o algunos de los grupos societarios ya mencionados, y los honorarios de los asesores serían pagados por la convocada, la Sociedad de Inversiones en Energía S.A. sin perjuicio de que esta sociedad pudiera repetir contra los beneficiarios efectivos (*reales*, fue la expresión oída en las audiencias) de sus gestiones, asunto que no era del resorte de los Asesores, ni forma parte de esta controversia.

Como ya lo dejó sentado el tribunal, en esta fase de la operación comercial se radicó en cabeza de la Sociedad de Inversiones en Energía S. A. la responsabilidad por los honorarios de todos los asesores externos, y esta es la explicación, por ejemplo, de que los profesionales Jorge Torrado Angarita y Juan Pablo Pinzón, o su firma, hayan entrado en una relación contractual con la convocada, así sus clientes hayan sido siempre –y sin solución de continuidad alguna en todo el iter de estos eventos- las sociedades extranjeras AEI Colombia Holding Ltd. y AEI Colombia Investment Ltd., tal y como lo manifestó el primero en su declaración. En iguales circunstancias estuvo J. P. Morgan Securities Inc.

En esta etapa no es necesario detenerse en más detalles y habiendo fracasado el intento por hacer una venta de casi la totalidad de las participaciones societarias de los distintos grupos accionarios, para los efectos de las decisiones que habrá de tomar el tribunal se impone hacer el balance de resultados y consecuencias de este fracaso y dejar sentado el rumbo que tomaron estas estrategias comerciales cuando algunos vendedores de la primera etapa (todos menos las participaciones indirectas que controlaban AEI Colombia Holding Ltd. y AEI Colombia Investment Ltd.) decidieron abandonar su intención de vender y convertirse, desde entonces, en probables compradores de las participaciones societarias controladas por el grupo extranjero (las

AEI) que siempre mantuvo su intención inequívoca de vender y acabó vendiendo, efectivamente.

1º. La causa del fracaso de esta primera etapa fue que el mejor precio no satisfizo a los grupos de accionistas colombianos, y este mejor precio fue el que ofreció la COMPAÑÍA DE PETRÓLEOS DE CHILE, COPEC (declaración de Jorge Torrado, folio 1394 del Cuaderno de Pruebas número 2). Es evidente, entonces, que COPEC fue una compañía contactada -y que estuvo interesada en comprar- en esta primera etapa.

2º. Los contratos de todos los asesores, que fueron asumidos en algún momento por la SIE (Actas No. 99 del día dieciséis (16) de octubre de dos mil ocho (2008) y No. 110 del diecisiete (17) de septiembre de dos mil nueve (2009)), se dieron por terminados. En palabras de Jorge Torrado (folio 1396 del Cuaderno de Pruebas número 2), *“tan pronto se termina la operación conjunta de venta... se pone fin a los contratos de asesoría...”*, incluido el que específicamente interesa a este proceso, decisión que consta en el Acta de la Junta Directiva de la SIE 741 de fecha quince (15) de abril de dos mil diez (2010), que obra a folios 741 a 743 del Cuaderno de Pruebas número 2. Sobre esta circunstancia no puede haber duda alguna y si bien no es un tema controversial, para mayor claridad y orden el tribunal registra que este contrato se terminó por decisión de la parte contratante, facultad que estaba prevista así: *“Tanto la Compañía como los Asesores pueden dar por terminada la ejecución de la asesoría ofertada en cualquier momento, con o sin causa dando notificación por escrito con una anticipación no inferior a un mes”*, prerrogativa recíproca que encuentra suficiente fundamento legal en el artículo 1279 del C. de Co. en concordancia con el artículo 2189 del C.C. Esta decisión se tomó en la Junta Directiva de la SIE ya citada.

3º. Como consecuencia de lo anterior, la SIE pretendió obtener un finiquito de las anteriores relaciones contractuales, y en lo que guarda relación con el contrato y la controversia que nos ocupan, el caso quedó ilustrado en los Hechos 4.16 y 4.17 de la demanda y sus contestaciones, asunto que se resume, no en la oposición a la terminación del contrato, sino en la negativa de las convocantes a suscribir el texto sugerido -en forma tardía respecto del momento en que la SIE tomó la decisión ya mencionada- en la que se les proponía renunciar *“a toda y cualquier comisión de éxito, honorarios o remuneración pactada, en especial la que hace relación con que si la SIE o los accionistas hacen una transacción dentro de los 18 meses posteriores a la terminación de la asesoría prestada por los asesores, con alguno de los interesados*

que haya participado en esta primera etapa del proceso, los asesores tendrán derecho a recibir la comisión de éxito pactada” (Citado en el Hecho 4.16. Texto antedatado el quince (15) de abril de dos mil diez (2010), enviado por el representante de SIE a los asesores el trece (13) de mayo de dos mil diez (2010), folios 52 y 53 del Cuaderno de Pruebas número 1).

El resultado de lo anterior está bien informado en el plenario y es que *“las convocantes no aceptaron la renuncia propuesta y presentaron a la SIE una factura de cobro de fecha 20 de mayo de 2010...”* (Hecho 4.17 de la demanda, aceptado en la contestación).

4°. El grupo de accionistas colombianos modificó cualitativamente su intención comercial y ello introdujo un elemento de distorsión o cambio en la finalidad y justificación de la presencia de las sociedades asesoras (las convocantes) en ese proceso comercial. En efecto, ante el hecho evidente de que los inversionistas extranjeros (las dos sociedades AEI) persistían en su deseo de vender, y el precio ya averiguado en el mercado resultaba atractivo para comprar, algunos accionistas de la SIE reorientaron sus expectativas y decidieron salir a competir por la compra de aquellas participaciones societarias.

5°. Así las cosas, es en este contexto en el que debe verse o estudiarse que las convocantes aparezcan con un nuevo estatus en estas tratativas, bajo un nuevo contrato del dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010), como asesores de unos eventuales compradores de las participaciones societarias que tenía el grupo extranjero varias veces mencionado en la Organización Terpel S. A., punto en el que no cabe ningún reproche, ni ético, ni legal, puesto que para ese momento era claro que el contrato de asesoría que nos ocupa se había terminado, que la Junta Directiva de SIE conocía y había autorizado la participación de las sociedades convocantes (los Asesores) bajo este nuevo esquema contractual y, finalmente, que se trataba de una relación jurídica con terceros, puesto que en este caso la parte contratante era el que se denominó Grupo Colombia (nombre de fantasía que no identifica a persona jurídica alguna) cuyos voceros suscriptores de este contrato fueron los señores José Oscar Jaramillo, Tulio Rabinovich, Bernardo Dyner y Rodolfo Castillo, contrato que solo interesa en este proceso para diferenciar radicalmente dos etapas de una operación comercial continua, ininterrumpida, y establecer dónde terminaban unas gestiones bajo un contrato y se iniciaban otras, bajo otro contrato.

6°. **Primera conclusión del tribunal.** De lo anterior se concluye que el contrato que existió entre las sociedades convocantes y la convocada (comunicaciones del siete (7) y veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008)) se terminó de manera válida y que ello ocurrió en forma simultánea con el decaimiento o desaparecimiento de su causa real, esto es, del motivo que indujo a la celebración del contrato de asesoría o de banca de inversión (art. 1524 del C. C.) vale decirlo en términos literales del contrato, *“la **venta** de la participación accionaria que la Sociedad de Inversiones en Energía S.A. ... tiene en Organización Terpel S.A.”*. (Negrilla agregada).

En otras palabras, el contrato se extinguió por una decisión ajustada a derecho, convenida con fundamento en una estipulación acordada en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y si bien más adelante va a presentarse la consideración de una “Transacción” (según su definición contractual), aunque no es cuestionable que ella hubiera ocurrido por fuera de la vigencia del contrato puesto que así lo dispusieron las partes, la “Transacción” que se estipuló en el Contrato de Asesoría estaba concebida como el resultado o la consecuencia de una gestión de venta encomendada de manera colegiada (así llegó a ser) por la casi totalidad de los accionistas de la Sociedad de Inversiones en Energía S.A., motivo y estatus que dejaron de existir. Respecto de la terminación del contrato que existió entre las partes no existe duda para el tribunal, ni debate alguno en el plenario, punto que aparece corroborado por los raciocinios de ambas partes en sus respectivos alegatos.

Queda por dilucidar -y ello se hará más adelante- si la “Transacción” ocurrida el catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) tenía todavía venero o fuente en el contrato de octubre de dos mil ocho (2008), o si la estipulación contractual contenida en la Sección 6 del mismo (la cola o “*tail*”) había decaído o se había frustrado, y de qué manera.

4.2. Etapa contractual en la que los accionistas colombianos quieren comprar

Las decisiones que caracterizan a esta etapa constituyen el punto de quiebre cualitativo en la intención y estrategia de los beneficiarios reales de las gestiones de las sociedades convocantes y para su comprensión resultan pertinentes las consideraciones, advertencias, precisiones y exclusiones que consignaron en el nuevo texto contractual las personas atrás indicadas del denominado Grupo Colombia (accionistas de SIE), y las mismas sociedades convocantes de este arbitraje, documento que aparece fechado el dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010), esto

es, veinticinco (25) días antes de que ocurriera la operación que las convocantes consideran que se adecúa a lo que previeron en el otro contrato (el de octubre de 2008) como la “Transacción”. En efecto, en el texto contractual de dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010) se puede verificar lo siguiente:

1°. De sus Consideraciones (i) y (ii) se concluye que las sociedades convocantes tuvieron como misión en el contrato que sirve de fundamento a las pretensiones de este arbitraje (el de octubre de dos mil ocho (2008)), “*la tarea de coordinar las labores y la posición del Grupo Colombia en dicho proceso*”, ejecutoria “*que han cumplido a cabalidad hasta la fecha*”, en las que, se reitera, se trataba de vender unas participaciones societarias o, en la realidad, su poder de influencia sobre el gobierno y el manejo de los flujos de caja del ente Organización Terpel S.A., como bien lo verificó y explicó el perito Julio E. Villarreal, consideraciones que tienen plena concordancia con la identificación efectuada, páginas atrás, de los destinatarios reales de la actividad profesional de los Asesores bajo el contrato de octubre de dos mil ocho (2008).

2°. Integrando verificaciones ya consignadas por el tribunal en páginas anteriores, el contrato que nos ocupa (Oferta y Aceptación del siete (7) y veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008)), si bien se ajustó en forma bilateral entre la Sociedad de Inversiones en Energía S.A., y el pago de los honorarios de los asesores fue asumido por la convocada, el destinatario o beneficiario de las gestiones de los asesores eran unos terceros, ahora identificados como los integrantes del denominado Grupo Colombia, circunstancia bien conocida en el derecho de las obligaciones y que la doctrina clásica denominó la *adjectio solutionis gratia* (o *estipulatio mihi aut Tito*), que describe un esquema contractual en el que la parte contratante asume obligaciones, cargas y riesgos, pero la *performance* o ejecución del contratista aprovecha a un tercero.

3°. En el texto del nuevo contrato (aquel celebrado con el Grupo Colombia) (Consideración V) se advierte lo que ya era evidente en esa fecha (dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010)), expresado con una claridad y énfasis que no pueden pasar inadvertidos y que constituye uno de los motivos determinantes (art. 1524 del C. C.) de esta nueva relación contractual: “Que en desarrollo de dicho proceso de venta (lo que había ocurrido al amparo del primer contrato, aclara el tribunal), el Grupo Colombia ha dejado de ser un posible vendedor y ha expresado su posible intención de formular una oferta de compra de todas o parte de las acciones que tiene

indirectamente AEI en la SIE” (subraya el tribunal), circunstancia bien conocida por la Junta Directiva de la SIE (Acta de la reunión del veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009)), según lo que indica la Consideración IV del nuevo contrato.

4.2.1. De cómo finalizó esta segunda etapa comercial. Segunda conclusión del tribunal

Las gestiones comerciales vinculadas con este segundo contrato concluyeron, por una parte, (i), en que el grupo de sociedades AEI vendió sus participaciones societarias indirectas en la Organización Terpel S.A., tal y como era su intención primigenia y en cuya ejecución tuvo siempre -de manera ininterrumpida- los mismos asesores tanto en banca de inversión (J. P. Morgan Securities Inc.), como en lo concerniente a fusiones y adquisiciones (Torrado, Angarita y Pinzón); (ii) que el Grupo Colombia (suscriptor del segundo Contrato) no resultó favorecido en esta puja comercial y, (iii), que la COMPAÑÍA DE PETRÓLEOS DE CHILE S.A., COPEC, adquirió el 100% de los derechos de AEI Colombia Holding Ltd. y AEI Colombia Investment Ltd. en la Organización Terpel S.A. a través de un complejo mecanismo bien descrito en la experticia del profesor Julio E. Villarreal Navarro, operación que fue informada por las sociedades AEI a la Superintendencia Financiera de Colombia (Información Relevante) en texto que aparece agregado al plenario en el Cuaderno de Pruebas número 2, folios 1388 y 1389 del que extracta la parte convocante los aspectos más significativos en el Hecho No. 4.12, aceptado sin cuestionamiento alguno en la contestación de la demanda.

En otras palabras, lo acaecido en esta segunda etapa comercial se resume así: en primer lugar, la “Transacción” -y es probable que la operación mercantil de COPEC se ajuste formalmente a ella- no ocurrió, por lo que concierne a los Asesores (sociedades convocantes), como consecuencia de un proceso comercial de venta (objeto del primer contrato), ni como consecuencia o resultado efectivo de las gestiones desempeñadas por aquellos en desarrollo de la Oferta Mercantil del siete (7) de octubre de dos mil ocho (2008), sino dentro de una gestión de compra en la que sus mandantes (Grupo Colombia) y ellos mismos fracasaron; en segundo lugar, esa “Transacción” ocurrió como resultado de una gestión de venta de otros asesores que tuvieron de manera franca y permanente ese estatus (gestores de una venta), que fueron J. P. Morgan Securities Inc., Torrado, Angarita y Pinzón, asesores de las sociedades AEI Colombia Holding Ltd. y AEI Colombia Investment Ltd., para estos efectos.

4.2.2. La “Transacción” realizada. Tercera conclusión del tribunal

Es un hecho incuestionable que existió un proceso comercial complejo en el que intervinieron las partes de este arbitraje y muchos terceros, que terminó con la cesión de unas determinadas participaciones societarias el día catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010), operación inter-empresarial que fue informada a la Superintendencia Financiera de Colombia “a través de una comunicación de AEI” (Hecho 4.12 de la Demanda) en la que se consigna que “AEI, una sociedad organizada y existente bajo las leyes de las Islas Cayman, ... beneficiaria real del capital social de Proenergía Internacional S.A. ... la que a su vez tiene el 52,79% del capital social de la Sociedad de Inversiones en Energía...”, mediante un acuerdo suscrito “con la Compañía de Petróleos de Chile, COPEC S.A. ... ha adquirido el cien por ciento (100%) de las acciones de AEI COLOMBIA HOLDINGS LTD y de AEI COLOMBIA INVESTMENT LTD,... las cuales a su turno son titulares del 18,73% y 28,47%, respectivamente, del capital social de Proenergía S.A., a cambio de un precio equivalente en forma directa de US \$3.82 por acción de Proenergía S.A.” (Hecho 4.12 de la Demanda, aceptado en la Contestación, Documento fuente a los folios 1388 y 1389 del Cuaderno de Pruebas número 2), operación comercial que la parte convocante considera que se adecúa a lo que previeron en el contrato (Oferta y Aceptación de octubre de dos mil ocho (2008)) como una “Transacción”, con mérito para determinar la causación de los honorarios que reclama a la convocada en este arbitraje, al amparo de la Sección 6 del referido contrato.

Si el objeto del contrato que nos ocupa se restringe de manera excluyente a lo que expresa el primer párrafo de la Oferta de las sociedades convocantes (siete (7) de octubre de dos mil ocho (2008)), la pretendida “Transacción” del catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) podría no adecuarse a la hipótesis contractual referida, y así lo planteó la parte convocada haciendo caso omiso de una gama de posibilidades bajo las que cabría la consecución de aquel objeto. En términos de la convocada, “Lo cierto es que no ha existido una adquisición de ninguna parte de la participación accionaria de la SIE en la Organización Terpel S.A. Antes y después de la venta accionaria de AEI a COPEC, la SIE conserva la misma participación accionaria en Terpel (aproximadamente un 90% del capital accionario de Terpel)” (Contestación al Hecho 3.4 de la Demanda. Subraya el tribunal), composición accionaria que se encuentra confirmada en la experticia del profesor Julio Ernesto Villarreal (folios 970 a 994 del Cuaderno de Pruebas número 2), quien al respecto concluye así al contestar una

pregunta de la convocada: “De esta manera, la venta por parte de Colombia Holding Ltd. y AEI Colombia Investments Ltd. a Compañía de Petróleos de Chile S.A COPEC de las acciones que las compañías citadas tenían en Proenergía Internacional S.A., que era a su vez accionista de la Sociedad de Inversiones de Energía S.A., no resulta en que la Sociedad de Inversiones en Energía S.A. transfiera mediante venta su participación accionaria en Organización Terpel S.A.” (folio 1007 del Cuaderno de Pruebas número 2).

Lo anterior, sin embargo, no agota las posibilidades valorativas del tribunal puesto que, como bien lo expresa el texto contractual, el objeto o finalidad ya señalado podía alcanzarse bajo otras modalidades negociales, diferentes de la que acaba de analizarse.

4.2.3. Bajo otros presupuestos contractuales tampoco existió “la Transacción”. Cuarta conclusión del tribunal

Las partes previeron otras formas de instrumentar o alcanzar la finalidad convenida al precisar lo que se entendería por “Transacción” (último párrafo de la Sección 1 de la Oferta), tales como “la adquisición directa o indirectamente, por un tercero, en una o varias transacciones, de todas o una porción de la participación accionaria que SIE tiene en Terpel, ya sea mediante una fusión, adquisición, consolidación, reorganización reestructuración, compra de activos, inversión en sociedad, o cualquiera otra transacción extraordinaria que involucre dicha participación accionaria”. La existencia de esta previsión contractual no se debate, y a partir de ella la convocada formuló su Pregunta No. 4 al perito (folio 994 del Cuaderno de Pruebas número 2).

Para verificar si bajo esta base o plataforma contractual ocurrió o no la pretendida “Transacción”, el tribunal analizó con detenimiento y de manera sistemática lo que relataron personas con diferente grado de interés en ese trámite comercial. En efecto, en el plenario quedó consignada la posición de voceros de los actores (Rafael Rivas, Armando Montenegro y Rudolf Hommes), de la parte convocada (Felipe Tovar), de quienes aprovecharon en un primer momento la *adjectio gratia solutionis* del primer contrato (el que nos ocupa) y luego mutaron su posición de vendedores a la de probables compradores (Tulio Rabinovich, José Oscar Jaramillo y Rodolfo Castillo), así como la de quienes fueron los asesores permanentes en materia de fusiones y adquisiciones de las sociedades AEI en su posición ininterrumpida e inmodificable de

vender (Jorge Torrado), con el fin de desentrañar, no lo que finalmente ocurrió, que se impone por su evidencia, sino la adecuación o no de la operación comercial llevada a cabo el catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) (adquisición de COPEC de Chile, varias veces referida), al texto contractual bajo examen.

En el plenario quedó informado que cualquiera de aquellas probables operaciones societarias y financieras (“... o cualquier otra transacción extraordinaria que involucre dicha participación accionaria” último párrafo de la Sección 1 de la Oferta que dio lugar al primer contrato) podía estructurarse o en niveles superiores a la sociedad en la que se radica la verificación (“aguas arriba”), o en niveles inferiores (“aguas abajo”), en este caso tradicionalmente “a través de una venta directa” (folio 997 del Cuaderno de Pruebas número 2), posibilidades que aparecen ilustradas en la experticia del profesor Julio E. Villarreal (folios 995 a 1005 del Cuaderno de Pruebas número 2), siendo lo relevante, en ambos casos, verificar si se producen cambios reales tanto en el gobierno corporativo como en los beneficiarios de los flujos de caja (Dictamen pericial, folio 995 y 997 del Cuaderno de Pruebas número 2). Esta conclusión se acompaña con otros elementos de prueba, entre los cuales se destaca la declaración de Arturo Hernán Natho Gamboa, Gerente Internacional de COPEC quien para describir el origen de la operación efectuada por dicha sociedad, señaló que “nos invitaron a participar en el proceso de venta de TERPEL” (folio 192 Cuaderno de Principal número 1). Y agregó: “En la invitación que nos hizo JP MORGAN la invitación fue la compraventa del control de los activos de TERPEL. Ese era nuestro interés.” (folio 193 ibidem).

En los términos anteriores el peritaje describe -y el tribunal resume- el marco general dentro del que también podía darse la “Transacción”, esto es, como el resultado de “la adquisición directa o indirectamente, por un tercero, en una o varias transacciones, de todas o una porción de la participación accionaria que SIE tiene en Terpel, ya sea mediante una fusión, adquisición, consolidación, reorganización reestructuración, compra de activos, inversión en sociedad, o cualquiera otra transacción extraordinaria que involucre dicha participación accionaria”.

En relación directa con lo que acaba de sentarse, la pretendida “Transacción” del 14 de mayo de 2010 podría adecuarse a lo que previeron las partes en esta sección de la Oferta. Sin embargo, de conformidad con el análisis de la ejecución contractual y, en concreto, de la función desempeñada por las sociedades convocantes en los dos momentos específicos de su gestión, primero, como asesores de SIE, y, luego, del

Grupo Colombia, el tribunal ha llegado a la convicción de que la referida Transacción no ocurrió como consecuencia del contrato que nos ocupa, ni en desarrollo de las gestiones para las que fueron contratados los Asesores por parte de SIE, sino al amparo y como resultado de otras relaciones contractuales en las que encuentra su fuente, *ratio*, causa o justificación, a saber: por una parte, el nuevo contrato suscrito el dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010) entre el Grupo Colombia y los Asesores, banqueros de inversión, Capital Advisory Partners Corp. y Agora Financial Corp., y por la otra, la relación contractual que existió de manera ininterrumpida, desde el comienzo, entre unas empresas y empresarios del Grupo Ashmore (las tantas veces mencionadas sociedades AEI), cuyo propósito era desprenderse de sus participaciones societarias en el negocio de distribución de combustibles, en este caso en cabeza de una sociedad operativa (no un mero “vehículo de inversión”), en cuyo gobierno corporativo y flujos de caja tenían un poder efectivo las sociedades AEI, que era la Organización Terpel S. A.

En el plenario quedaron ilustradas de manera inequívoca las antagónicas intenciones y finalidades que tuvieron en las dos etapas de estas tratativas comerciales, tanto los terceros beneficiarios reales del contrato de asesoría que existió entre las partes de este arbitraje (*adjectio gratia solutionis*), como los Asesores de ambos contratos (las sociedades convocantes). Estas últimas actuaron con un conocimiento informado, minucioso e inmediato de ese cambio cualitativo de posiciones comerciales e intenciones negociales, suficiente para que hubieran podido concluir que la “Transacción” ocurrida el catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) no era el resultado de la ejecución de sus prestaciones, ni del primero, ni del segundo contrato de asesoría, sino la culminación de un proceso lineal, ininterrumpido, de otros actores de esta puja comercial y de la actividad de otros asesores, tanto en lo jurídico (fusiones y adquisiciones), como en banca de inversión, asunto que quedó bien probado en el plenario mediante la ilustración, por distintas vías, de la actividad desplegada para estos efectos por los profesionales del derecho Jorge Torrado y Juan Pablo Pinzón y por la banca de inversión J. P. Morgan Securities Inc. De igual modo, también quedó demostrado que en algún momento determinado, las convocantes optaron por marginarse en forma voluntaria de dicho proceso original y, en su lugar, decidieron prestar sus servicios bajo otro vínculo contractual al Grupo Colombia, que en esta etapa actuó como posible comprador.

En otros términos, lo que se ha verificado en las pruebas del expediente lleva a la convicción de que, así la operación comercial ejecutada el catorce (14) de mayo de

dos mil diez (2010) por la Compañía de Petróleos de Chile, COPEC S. A., se acomode formalmente a la descripción contractual de la “Transacción”, ella no encuentra causalidad real en el contrato materia de este arbitraje, ni causa eficiente y determinante en las gestiones de las sociedades convocantes, no siendo entonces suficiente una mera adecuación formal para deducir el derecho que estas reclaman a obtener el pago de la comisión de éxito por una transacción que, en estricto sentido y según está demostrado en el proceso, no encuentra origen ni causalidad en la oferta comercial presentada por aquellas a la convocada.

Puestas así las cosas, y bajo la óptica que acaba de exponerse, la tercera pretensión de la demanda no tiene vocación de prosperidad en la medida en que si bien el catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) se llevó a cabo una Transacción cuyas determinaciones han sido precisadas en esta providencia, en realidad, dicha operación comercial no ocurrió “*de conformidad con el contrato convenido*”, pues no se efectuó en desarrollo del objeto de dicho negocio jurídico, ni como resultado de las gestiones para las que fueron contratados los Asesores por la convocada.

Finalmente, como lo que se trata de dilucidar es la vigencia de la estipulación relativa a la sección 6 del contrato, esto es la cola o “*tail*” –expresión que no ofrece duda alguna en el plenario- si bien no es razonable hablar de frustración o decadencia del contrato de octubre de dos mil ocho (2008), sí lo es considerar esta situación jurídica respecto de la cola o “*tail*” del mismo, punto en el que puede afirmarse que desapareció la base de esa estipulación o su mismo objeto, o que su finalidad resultó definitivamente inalcanzable, y en la comparación de lo que se pretendía - y se estipuló mediante los referidos escritos del siete (7) y del veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008) - y lo que a la postre ocurrió el catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010), se concluye que la obligación acordada en la sección 6 no nació, toda vez que la causa eficiente en ambos extremos es o habría sido diversa, y que los originadores o artífices de lo que ocurrió en la fecha que acaba de indicarse son distintos de los que estuvieron a cargo entre el veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008) y el dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010).

El raciocinio que acaba de reiterar el tribunal encuentra fundamento en los motivos determinantes del contrato (art. 1524 del C.C. y normas concordantes) y surge de una interpretación finalista y sistemática del negocio jurídico que nos ocupa, en la que se han puesto en juego las reglas hermenéuticas recordadas por los apoderados de las partes en sus alegatos, y teniendo en cuenta que la ejecución contractual obliga a

algo más que lo pactado y que el elenco de prestaciones, de ambas partes, debe interpretarse de acuerdo con la naturaleza de lo acordado, bajo el criterio de la verosimilitud y con apoyo en la equidad natural; en este último caso no para abandonar el fallo en derecho, sino en cuanto criterio auxiliar del mismo (C. P., art. 230, segundo inciso) que permite considerar aspectos de la ejecución contractual que pueden no ofrecer una adecuación típica o que podrían derivar en una injusticia contractual evitable y atentos, en este caso concreto, a que debe prevalecer la intención de las partes, expresa o entendida, o la que impone la fuerza de los hechos probados, frente a lo estrictamente formal o literal del negocio jurídico. Este raciocinio lo funda el tribunal, amén de las pruebas practicadas, en un mandato constitucional ineludible (el principio de la buena fe, art. 83 de la C. P.), confirmado legalmente por los artículos 1603 del C. C. y 871 del C. de Co., en concordancia con los artículos 1618 a 1624 del C. C.

En mérito de lo expuesto, el tribunal desestimaré las pretensiones de la demanda que deprecian el reconocimiento de la comisión de éxito a favor de la convocante, en particular las súplicas segunda, cuarta, quinta y subsidiarias.

5. SOBRE EL ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA

A tono con reiterada jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, - entre otras, Sentencia 115 del trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995)- la excepción, por definición, radica en la invocación por el demandado de hechos nuevos con eficacia suficiente para enervar las pretensiones del actor, ya sea porque constituyen hechos impeditivos, modificativos o extintivos de la relación jurídico-material respecto de la cual versa el litigio.

Por supuesto, que no se pueden confundir los vocablos “excepción” y “defensa” puesto que, como se ha indicado, la excepción consiste en la proposición de un hecho nuevo destinado a aniquilar los efectos de la reclamación del demandante, al paso que la defensa se funda en la negación del derecho alegado en la demanda, de ahí que se infiera que un demandado se defiende cuando circunscribe su resistencia a los pedimentos del actor, a negar los fundamentos de hecho o de derecho en que éste apoya su pretensión. Empero, si aquél no se restringe a adoptar esa posición puramente negativa, sino que, yendo más allá, asume un plan de contraataque en el que aduce armas contrapuestas a las reclamaciones de aquél, consistentes en la alegación de hechos nuevos, ya sean de naturaleza impeditiva o extintiva, pero, en

todo caso, distintos de los afirmados en la demanda y encaminados a enervar los efectos jurídicos de éstos, en tal hipótesis, se decía, se está ante una verdadera excepción, la cual, reiterase, no puede asimilarse a cualquier defensa opuesta a la pretensión del actor (sentencia 102 de 24 de septiembre de 2003).

En concordancia con lo expuesto entonces, y con el recto sentido que cabe darle a la proposición de excepciones, su estudio *"...no procede sino cuando se ha deducido o establecido en el fallo el derecho del actor, porque entonces habiéndose estudiado el fondo del asunto y establecido el derecho que la parte actora invoca, es necesario, de oficio algunas veces, a petición del demandado en otras,... confrontar el derecho con la defensa, para resolver si ésta lo extinguió. Por eso, cuando la sentencia es absoluta, es inoficioso estudiar las defensas propuestas o deducir de oficio alguna perentoria, porque no existe el término, el extremo, es decir, el derecho a que haya de oponerse la defensa"* (Cas. Civ. de treinta (30) de abril de mil novecientos treinta y siete (1937), XLV, 114; treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos treinta y ocho (1938), XLVI, 612).

En este asunto el Tribunal ha concluido, con base en los hechos sustentados en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 174 del C.P.C.), que no se estructuran las pretensiones de las demandantes porque la denominada "Transacción" del catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) no fue el resultado del contrato objeto de este trámite arbitral ni se originó en las gestiones de las sociedades convocantes, sino que tuvo su génesis en la actividad de otros asesores, según quedó suficientemente acreditado, razón por la cual al ser esos los fundamentos de la sentencia desestimatoria de las pretensiones de las sociedades convocantes, no es pertinente entrar a decidir sobre las excepciones propuestas por la sociedad convocadas, es decir, "Inexistencia de la "Transacción" objeto de los servicios ofrecidos por las convocantes a la convocada"; "Inexistencia de una "Transacción" celebrada el catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) de acuerdo con lo previsto en el contrato celebrado entre las partes"; "Inexistencia de contrato de mandato sin representación entre la SIE y sus accionistas"; "Excepción de contrato no cumplido" y la "genérica", pues se itera, *"éstas sólo cobran razón de ser en el evento de abrirse paso la posibilidad de las pretensiones, precisamente con el fin de verificar si los hechos aducidos como medio de defensa por el demandado, constituyen excepción de mérito, por tener la fuerza para enervarlas"* (Sentencia del nueve (9) de febrero de 2001)".

Por consiguiente, con fundamento en estos asertos, el Tribunal declarará que no hay lugar al estudio de las excepciones propuestas por la sociedad convocada.

6. COSTAS

Como consecuencia de no haber prosperado ni las pretensiones de la demanda, con excepción de la primera que es meramente declarativa, ni las excepciones formuladas por la sociedad convocada, el Tribunal se abstendrá de proferir condena en costas.

C. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias patrimoniales sometidas por las sociedades CAPITAL ADVISORY PARTNERS CORP. y AGORA FINANCIAL CORP., parte convocante, y la SOCIEDAD DE INVERSIONES EN ENERGÍA S. A., parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes,

RESUELVE

Primero.- Declarar que entre las sociedades convocantes, CAPITAL ADVISORY PARTNERS CORP. y AGORA FINANCIAL CORP. y la convocada, SOCIEDAD DE INVERSIONES EN ENERGIA S. A. existió un contrato de asesoría, ajustado mediante oferta mercantil de las primeras del día siete (7) de octubre de dos mil ocho (2008) y aceptación de la segunda del día veinte (20) de los mismos mes y año. En consecuencia, prospera la primera pretensión.

Segundo.- Declarar que el día catorce (14) de mayo del año dos mil diez (2010) se realizó una operación comercial en la que la COMPAÑÍA DE PETRÓLEOS DE CHILE S. A., COPEC S.A. adquirió las participaciones que directa e indirectamente tenían las sociedades AEI COLOMBIA HOLDING LTD. y AEI COLOMBIA INVESTMENT LTD. en la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., que no fue el resultado del contrato objeto de este trámite arbitral, según lo expuesto en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, no prosperan las pretensiones segunda y tercera, ni el resto de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda.

Tercero.- Declarar que no procede pronunciamiento alguno respecto de las excepciones propuestas por la sociedad convocada por las razones consignadas en la parte motiva de este laudo.

Cuarto.- Abstenerse de condenar en costas.

Quinto.- Declarar causado el saldo final de honorarios de los árbitros y de la secretaria. El Presidente del tribunal efectuará los pagos correspondientes.

Sexto.- Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Séptimo.- Disponer que se protocolice el expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá D.C..

Octavo.- Disponer que los excedentes no utilizados de la partida “*protocolización y otros gastos*”, si los hubiera, una vez protocolizado el expediente y cancelados los demás gastos, sean restituidos por el Presidente del Tribunal a las partes en igual proporción.

Notifíquese.

El Tribunal,

GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN
Presidente

FERNANDO PABÓN SANTANDER
Árbitro

JORGE SANTOS BALLESTEROS
Árbitro

MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ
Secretaria