



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
TRIBUNAL SUPERIOR SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL
MAGISTRADA PONENTE: PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA

***"Al servicio de la justicia
y de la paz social"***

S - 003

Procedimiento: Verbal

Demandante: Invercor S.A.S

Demandados: Saxónica S.A.S y otros

Radicado Único Nacional: 05001 31 03 014 2019 00474 01

Procedencia: Juzgado Catorce Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

Decisión: Revoca sentencia apelada, niega pretensiones.

Medellín, diecisiete (17) de enero de dos mil veintidós (2022)

Cuestión: Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Saxónica S.A.S en contra de la sentencia proferida el 22 de julio de 2021, por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

Temas: sustentación recurso de apelación, corretaje, mandato, carga de la prueba.

Procedente del Juzgado Catorce Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, por virtud de la apelación interpuesta por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 22 de julio de 2021, ha llegado a esta Corporación el proceso verbal promovido por Invercor S.A.S en contra de Saxónica S.A.S Juan Alfredo Uribe Cardozo y Pablo Uribe Llano, a través del cual se pretende lo siguiente:

"Pretensión primera principal. *Que se declare que entre Saxónica S.A.S, Juan Alfredo Uribe Cardozo, Pablo Uribe Llano, de una parte, e Invercor S.A.S, de otra parte, existió un contrato de corretaje, en virtud del cual los tres primeros encargaron a la sociedad demandante que encontrara un comprador de las acciones de las que eran titulares en Cartón de Colombia S.A, y como contraprestación pagarían por concepto de honorarios y una comisión de éxito del 3% sobre la diferencia de valor inicial de mercado y valor final de la venta de las acciones conforme a la negociación realizada. (sic)*

Segunda pretensión principal. *Que se declare que Saxónica S.A.S, Juan Alfredo Uribe Cardozo, Pablo Uribe Llano incumplieron el contrato de corretaje celebrado con Invercor S.A.S, toda vez que no ha cancelado la suma de (...) \$326.802.744,72 correspondientes a la comisión de éxito del 3% sobre la diferencia de valor inicial de mercado y valor final de la venta de las acciones que poseía Saxónica S.A.S en la sociedad Cartón de Colombia S.A, más los intereses de mora liquidados a la tasa máxima autorizada entre comerciantes a partir del 10 de junio de 2019 hasta la fecha del pago efectivo.*

Primera pretensión subsidiaria. *Que se declare que entre Saxónica S.A.S, Juan Alfredo Uribe Cardozo, Pablo Uribe Llano, de una parte, e Invercor S.A.S, de otra parte, existió un contrato de mandato, en virtud del cual los tres primeros encargaron a la sociedad demandante que encontrara un comprador de las acciones de las que eran titulares en Cartón de Colombia S.A, y como contraprestación pagarían por concepto de honorarios y una comisión de éxito del 3% sobre la diferencia de valor inicial de mercado y valor final de la venta de las acciones conforme a la negociación realizada.*

Segunda pretensión subsidiaria. *Que se declare que Saxónica S.A.S, Juan Alfredo Uribe Cardozo, Pablo Uribe Llano incumplieron el contrato de mandato celebrado con Invercor S.A.S, toda vez que no ha cancelado la suma de (...) \$326.802.744,72 correspondientes a la comisión de éxito del 3% sobre la diferencia de valor inicial de mercado y valor final de la venta de las acciones que poseía Saxónica S.A.S en la sociedad Cartón de Colombia S.A, más los intereses de mora*

liquidados a la tasa máxima autorizada entre comerciantes a partir del 10 de junio de 2019 hasta la fecha del pago efectivo."(sic pdf 01 archivo de subsanación)

Lo anterior, para que de manera consecencial los demandados sean condenados a pagar, ora por incumplimiento del contrato de corretaje ya del contrato de mandato, la suma de \$326.802.744,72 con intereses moratorios.

Todo lo antedicho, con fundamento en hechos que así se compendian:

Que "en febrero de 2018" Saxónica S.A.S y Pablo Uribe Llano, por intermedio de Juan Alfredo Uribe Cardozo, encargaron a Invercor S.A.S, para que en nombre de aquellos negociara la venta de la totalidad de las acciones que los demandados eran titulares en Cartón de Colombia S.A, por un precio que se adecuara razonablemente al valor de las acciones, puesto que la cotización de mercado no lo reflejaba en razón de su baja bursatilidad. *"El encargo estuvo acompañado de una asesoría y representación de los accionistas frente a la sociedad emisora y los otros accionistas, en especial, el controlante"* (fl, 4 archivo pdf 1)

Que como contraprestación por los servicios de asesoría y representación se pactó una remuneración fija de \$3.000.000 mensuales (hecho segundo demanda) y una remuneración equivalente al 3% sobre la diferencia entre el valor inicial de las acciones, entendido como el valor al que se había hecho la última negociación en la Bolsa de Valores al iniciar la asesoría, y su valor final de venta, que sería cancelada una vez se perfeccionara la negociación, *"conforme a la propuesta del 8 de marzo de 2018 que fuera aceptada por los accionistas contratantes y ratifica por ellos mismos en virtud de las instrucciones que a la sociedad demandante emitieron a partir del 13 de marzo de 2018. EN virtud de lo anterior, la sociedad demandante por intermedio de su representante legal, Eduardo Foción Soto Ferrero, asistió a la reunión ordinaria de la asamblea de accionistas de Cartón de Colombia S.A celebrada el 20 de marzo de 2018, todo lo cual fue informado a los accionistas demandados en informe del 2 de abril de 2018 que da cuenta de la gestión realizada hasta ese momento."*(sic hecho 2.2 de la demanda)

Que en desarrollo del encargo conferido, la demandante contactó al presidente de cartón de Colombia, señor Álvaro José Henao, *"para expresarle el propósito de enajenar las acciones a favor del accionista controlante y ponerle de presente las irregularidades y circunstancias que producto de su gestión (...) había advertido en esas semanas"*, todo lo cual fue informado al señor Juan Alfredo Uribe Cardozo el 25 de mayo de 2018 (hecho 2.3)

Que los demandados tenían claro que existían diferentes maneras para enajenar las acciones, porque se encontraban inscritas en la Bolsa de Valores de Colombia, lo cual comprendía la posibilidad de que el accionista controlante realizara una Oferta Pública de Acciones que implicaría la participación de la propia sociedad demandante, con el agravante de que sobre el negocio "gravitaban" consideraciones de impacto tributario que imponían la búsqueda de mecanismos jurídicos alternativos, en todo lo cual los demandados nunca expresaron contrariedad y tampoco en cuanto a que la demandante igualmente debía ser remunerada en caso de que la venta de las acciones se hiciera a través de la Oferta Pública.

Que las gestiones de la demandante comprendieron múltiples reuniones con el presidente de Cartón de Colombia S.A, sus delegados, abogados y contadores, que quedaron debidamente documentadas y dan cuenta del cumplimiento exitoso del encargo. También se llevaron a cabo reuniones con accionistas minoritarios y se cumplió con la asistencia a reuniones de la asamblea, incluidas las celebradas en marzo de 2018 y 2019, de todo lo cual se rindió cuenta oportuna a los demandados.

Que en abril de 2019 el encargo finalmente llegó a su cometido y la sociedad demandante logró que el accionista controlante adquiriera las acciones de los demandados. *"Ellos deciden reservarse unas pocas y aceptar finalmente la oferta pública de acciones, que se tramitó para el efecto. Los demandados nunca pusieron reparo a lo estipulado con respecto a la remuneración a la que tenía derecho la sociedad demandante, que le ratificó los términos del acuerdo, en comunicación del 4 de junio de 2019"* (hecho 2.6 demanda)

Que la negociación de las acciones se dio efectivamente el 10 de junio de 2019 sobre 2.036.392 acciones de Saxónica S.A.S por valor de \$22.650.375.265,43 y 28.446 acciones de Pablo Uribe Llano por un valor de

\$279.359.525,53, a través de la Bolsa de Valores de Colombia S.A, por un valor unitario de \$9.850 que los demandados recibieron a entera satisfacción. Que *"conforme a lo estipulado entre las partes, la sociedad demandante emitió la factura No. 2241 por la suma de \$326.802.744,72 por concepto de comisión de éxito del 3% sobre la diferencia de precio entre \$9.850 menos \$5.530 equivalente a \$4.320 de la venta de cada acción de Cartón de Colombia, sobre 2.036.392 acciones de Saxónica S.A.S y 28.446 acciones de Pablo Uribe Llano"* (hecho 2.8 demanda). Sin embargo, aunque esa factura fue enviada a los demandados vía correo electrónico, el señor Juan Alfredo Uribe Cardozo la devolvió un día después de recibida, renegando de la gestión de la demandante, del éxito obtenido y olvidando que *"tenían en su bolsillo \$10.086.504.480 de precio adicional alcanzado por la sociedad demandante"*.

Que las acciones objeto del encargo eran de baja bursatilidad, esto es, no tenían mercado o liquidez en la Bolsa de Valores de Colombia, amén que nunca se pactó reducción o eliminación de la remuneración si su venta se producía en el marco de una Oferta Pública, porque los demandados siempre estuvieron de acuerdo con la estrategia y gestión de la actora que se concretó en un precio superior al 84% del mercado, cuando el 18 de marzo de 2018 la enajenación a través de Oferta Pública fue planteada por la sociedad demandante y aceptada por los demandados.

RÉPLICA

La demanda fue admitida por auto fechado el 23 de octubre de 2019 (fl 1 pdf 4), y notificados los sujetos que integran la parte demandada procedieron a contestarla de la siguiente manera:

- Saxónica S.A.S (archivo 14 pdf). Comenzó afirmando que *"(E)l problema principal del proceso es que Invercor S.A.S. (en adelante, "Invercor") se atribuye resultados que no son una consecuencia directa o indirecta de sus gestiones. Invercor quiere hacerle creer al Despacho que fue ella quien originó, presionó y logró una Oferta Pública de Adquisición (OPA) en la que Saxonica y Pablo Uribe Llano vendieron las acciones que tenían en Cartón de Colombia S.A. (en adelante, "Cartón de Colombia" o simplemente "Cartón"), y que esto le da derecho a percibir la comisión de éxito pretendida. Esto carece de toda base."*

Además, explicó que una Oferta Pública de Adquisición de valores es una de las modalidades de Oferta Pública reguladas por el Decreto 2555 de 2010. Con este mecanismo un mismo beneficiario real puede adquirir acciones y aumentar su participación dentro de una sociedad inscrita en bolsa. Dependiendo de la participación de ese beneficiario dentro de la sociedad y del porcentaje en el que pretenda aumentarla, deberá o no hacer una OPA. Una OPA es, por tanto, una operación compleja de gran magnitud, que implica una evaluación detallada de variables financieras, técnicas, económicas y jurídicas.

Por otro lado, precisó que *"el grupo empresarial irlandés Smurfit Kappa Group Plc. (en adelante "SKG") participaba en Cartón de Colombia (sociedad inscrita en bolsa) con una inversión de capital a través de dos de sus sociedades subsidiarias: (i) Packaging Investments Holdings (en adelante "PIH") B.V. con 71.796.733 acciones que representaban el 66,65%; y (ii) Packaging Investments Netherlands (en adelante "PIN") B.V. con 3.544.563 que representaban el 3,29%. Esta participación se mantuvo igual hasta comienzos de 2019, y luego aumentó gracias a la OPA descrita más adelante."*

Indicó, entonces, que para marzo de 2019 era propietaria de acciones que constituían el 2.14% de SKG, quien había decidido aumentar su participación en Cartón de Colombia a través de sus subsidiarias PIH y PIN, y antes de que Invercor iniciara su encargo, puntualmente en marzo de 2018, la casa matriz decidió que "haría" una Oferta Pública (sic folio 3). Ello ocurrió formalmente el 1º de marzo de 2019 cuando la Junta Directiva de SKG se reunió en Dublín, Irlanda, y recordó que *"había aprobado anteriormente la realización de una oferta pública a los accionistas minoritarios de Cartón de Colombia S.A."*, con base en lo cual inició formalmente la operación encaminada a aumentar su participación accionaria en Cartón de Colombia.

Entonces, según acta de esa reunión se *"aprobó: (i) el inicio formal de la misma; (ii) la constitución de un comité específico que estaría a cargo de su implementación, ejecución y eventual modificación; y (iii) la posibilidad de suscribir preacuerdos con ciertos accionistas, en virtud de los cuales estos se obligarían a ofrecer sus acciones en la OPA; entre otros puntos."* Además, en el cuadernillo que se elaboró para la oferta quedó claro que sus destinatarios

eran todos los accionistas de Cartón de Colombia, salvo las subsidiarias de SKG.

Alegó que esa OPA formalmente se informó por parte de SKG el 14 de marzo de 2019, cuando la anunció en Colombia y la comunicó a la Bolsa de Valores, a la Superintendencia Financiera y a los accionistas de Cartón de Colombia. Tanto fueron así las cosas, argumentó, que entre comienzos de marzo y el 10 de abril de 2019 SKG suscribió 24 preacuerdos con otros accionistas minoritarios, representativos de 21.259.569 acciones, es decir, el 19,74% del capital suscrito, pagado y en circulación. En esos preacuerdos los firmantes, entre los que no está Saxónica porque nunca fue contactada por SKG, se obligaron a *"no vender, transferir, gravar, o disponer de ninguna forma sus acciones excepto mediante la OPA"*, que finalmente fue autorizada por la Superintendencia Financiera el 10 de abril de 2019.

Dicho lo anterior, se pronunció sobre los hechos de la demanda en lo que comenzó por desmentir el supuesto encargo que Invercor dijo haber recibido en febrero de 2018, puesto que este no se hizo ni directamente ni a través de Juan Alfredo Uribe (representante legal de la demandada), porque en febrero de 2018 este apenas contactó a Eduardo Soto (representante legal de la demandante) por recomendación de la firma Lewin y Wills, pero en el primer acercamiento no contrató ninguno de los servicios ofrecidos y, por el contrario, el señor Uribe lo único que comunicó a Invercor fue que a su parecer las acciones de Saxónica en Cartón de Colombia no reflejaban su valor real en la Bolsa de Valores.

Lo que sí aceptó fue que la demandada cotizó con la demandante el costo de adelantar un proceso de debida diligencia sobre la información de Cartón de Colombia, así como del acompañamiento en una eventual negociación de acciones. Empero, para el 8 de marzo de 2018 no existía ningún encargo contratado o aceptado por Saxónica (tácita o expresamente), y *"aunque en esa fecha se dieron algunos actos tendientes a concretarlo, estos por sí solos no lo perfeccionaban. Ello consta en el correo electrónico del 8 de marzo de 2018 (fls. 20 y 21 del expediente)"* (fl. 6 archivo 14).

El encargo de Saxónica a Invercor, entonces, apenas nació el 13 de marzo de 2018 cuando el representante legal de aquella confirmó el inicio de las

gestiones mediante correo electrónico, al punto que apenas el 16 de marzo de 2018 la demandante envió la factura por concepto de la asesoría en el proceso de *due diligence*. Sobre las condiciones de ese encargo, dijo la demandada que como se perfeccionó mediante un contrato verbal cuyas cláusulas y estipulaciones concretas no quedaron consagradas en un documento, las instrucciones no fueron impartidas en un solo momento. "(E)/ *contenido e instrucciones del encargo se fue complementando a medida que avanzaban las gestiones del mismo. La voluntad de las partes quedó claramente registrada en las distintas pruebas documentales aportadas con la demanda. Las características principales del encargo fueron las siguientes:*

- **Gestiones del encargo.** *Invercor adelantaría a favor de Saxonica: (i) una debida diligencia sobre la información de Cartón de Colombia; así como (ii) un acompañamiento y asesoría permanente en la negociación de las acciones que Saxonica tenía en Cartón de Colombia. Esta última gestión comprendía la representación de Saxonica ante Cartón y otros accionistas de aquella empresa, en especial ante las subsidiarias de SKG mencionadas anteriormente: PIH y PIN. Por lo tanto, es cierto que dicho encargo estaba acompañado de una asesoría y una representación.*

- **Objetivo del encargo.** *El encargo tenía un objetivo claro. Se pretendía negociar y lograr la enajenación de las acciones que Saxonica tenía en Cartón a un precio de venta que superara los \$9.850 por cada acción, y que ello se hiciera por fuera de una OPA, de forma que Saxonica no estuviera limitada por las estrictas condiciones que impone esta operación.*

- **Remuneración por el encargo.** *Por la debida diligencia se pactó un precio de \$9.000.000. Por el acompañamiento y asesoría permanente en la negociación de las acciones de Saxonica en Cartón se pactaron dos conceptos: (i) una remuneración mensual por valor de \$3.000.000, que se pagaría con independencia de que se concretara o no la enajenación de acciones durante la vigencia del encargo; y (ii) una comisión de éxito del 3% sobre la diferencia entre el precio final de venta y la suma de \$5.530, por cada acción vendida por Saxonica,*

siempre y cuando se cumpliera el objetivo y las instrucciones del encargo.

Esta "comisión de éxito" suponía la existencia de una condición suspensiva. El hecho futuro e incierto consistía en que como consecuencia de las gestiones desplegadas por Invercor, se perfeccionara la venta de las acciones que Saxonica tenían en Cartón de Colombia a un "precio de venta adecuado" (superior a los \$9.850), y que esto se lograra por fuera de una OPA. Esto se deduce claramente de la conducta de las partes, la cual fue documentada suficientemente en las pruebas aportadas con la demanda." (sic. Fl 7 archivo 14)

Ahora, la demandada aceptó que se pactó una remuneración mensual fija de \$3.000.000 a favor de la demandante, pero nunca existió pacto sobre alguna "remuneración equivalente al 3% sobre la diferencia entre el valor inicial de las acciones, entendido como el valor al que se había hecho la última negociación en la Bolsa de Valores al iniciar la negociación". No obstante, aclaró que en efecto existió un pacto entre las partes, pero no por remuneración sino en calidad de comisión de éxito. "Así fue reconocida por Invercor en las comunicaciones del 8 de marzo de 2018 (fls. 20 y 21 del expediente), en su carta del 11 de junio de 2019 (fls. 96 a 99 del expediente), y tanto su éxito como causación dependían necesariamente de un logro, el cual nunca ocurrió." (fl. 8 archivo 14).

Por otro lado, aceptó que Eduardo Soto sí asistió a la Asamblea de Accionistas de Cartón de Colombia que se llevó a cabo el 21 de marzo de 2018, que lo hizo en calidad de representante de Saxónica y que luego, en la comunicación del 2 de abril de 2018, rindió cuentas sobre su actuación. También aceptó que el señor Soto contactó al presidente de Cartón de Colombia, pero esa no fue ninguna acción idónea para cumplir el encargo porque la que quería comprar las acciones era SKG, por lo cual

Invercor como mínimo tendría que haber contactado a las dos subsidiarias extranjeras de SKG y no a Cartón directamente. Es decir, Invercor debió contactar a: (i) Packaging Investments Holdings (PIH) y a (ii) Packaging Investments Netherlands (PIN) B.V. Para esa fecha Invercor sabía que el Dr. Fabio Londoño Gutiérrez tenía facultades para

representar a PIH y a PIN, pues las había representado en la Asamblea de Accionistas de Cartón del 21 de marzo de 2018.

Invercor también habría podido contactar al Dr. Juan Pablo Pérez Chávez, quien es el CFO (Chief Financial Officer) de Smurfit Kappa para las Américas y fue quien tuvo a su cargo la estructuración de la OPA. Así consta en el Cuadernillo y anexos de la misma. Sin embargo, nunca lo hizo.

Invercor también habría podido contactar a los demás accionistas minoritarios que tuvieran una participación relevante en Cartón. Lo intentó desde septiembre de 2018 con Cementos Argos S.A. y Alberto Carvajal de Inversantamónica S.A. y fracasó en este intento según consta en el correo del 21 de febrero de 2019 (Fl. 67 del expediente)". (fl. 8 archivo 14).

Al contestar el hecho 2.4 de la demanda aseguró que en efecto la demandante había explicado con suficiencia los distintos mecanismos que existían para enajenar las acciones, pero en realidad la OPA nunca fue una opción válida para Saxónica por las estrictas condiciones que esta impone al accionista, por lo cual la demandada incluso intentó ante la Superintendencia Financiera detenerla en compañía de Lewin y Wills. Por esa razón, la ejecución de la OPA constituía el fracaso de la gestión encomendada a Invercor, misma que terminó de manera insatisfactoria el 19 de abril de 2019 cuando la Superintendencia aprobó la Oferta Pública, dado que

"(L)os riesgos de permanecer como accionista minoritario habían sido identificados y advertidos por la demandante en múltiples oportunidades. Por lo tanto, ella era consciente de la situación desfavorable e indeseada que implicaba la OPA. Esto consta a folios 56 a 57; 78 a 80 del expediente del proceso. En palabras de Eduardo Soto, al quedarse como minoritario, "puede que se dediquen a maltratarte hasta que te canses y te paguen lo que quieran en ese momento."

En última instancia, la decisión de Saxónica de vender la mayoría de sus acciones fue un acto de impotencia por no poder negociar el precio con las subsidiarias de SKG ni los demás minoritarios, pero en ninguna

medida esto fue un logro de Invercor. Saxonica se vio obligada a tomar esta decisión para no quedar como uno de los últimos accionistas minoritarios. Esta era el peor de los escenarios de acuerdo con los análisis hechos por Eduardo Soto y Diana Vaughan.” (fl. 10 archivo 12)

A propósito, que no era cierto su supuesto asentimiento sobre cualquier forma de negociación de las acciones, incluida la OPA, porque Juan Alfredo Uribe, obrando como su representante legal, expuso sus reparos a Invercor en los correos del 11, 16 y 21 de junio de 2019 (fls. 94, 100 y 102 del expediente).

Con base en todo lo anterior, propuso las que llamó “excepciones” de “inexistencia de la obligación: comisión de éxito y sus intereses”, “enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido”, “falta de idoneidad de las gestiones” y “confesión: la parte demandante reconoce y es consciente del fracaso de su gestión”.

- Juan Alfredo Uribe Cardozo (archivo 36 pdf). Comenzó explicando que su rol en los hechos narrados en la demanda se limitó al de representante legal de Saxónica, por lo que no es procedente su vinculación al proceso en tanto

no tiene la calidad de deudor contractual del contrato supuestamente incumplido, pues no era él el titular de las acciones objeto del contrato de intermediación y, por tanto, no era el quien iba a fungir en su propio nombre como vendedor de las acciones de Cartón de Colombia. Luego, es absurdo entender que tiene la calidad de deudor contractual de un contrato de intermediación (mandato o corretaje) una persona en la que no van a recaer los efectos del contrato o negocio cuya celebración se pretende y por la cual se contrata al intermediario (en este caso, la sociedad demandante). (fl. 3 archivo 36)

Con respecto a los hechos, indicó que el encargo para la negociación de las acciones no nació en la forma narrada en la demanda, pues lo cierto es que en febrero de 2018 Juan Alfredo Uribe, actuando como representante legal de Saxónica, apenas contactó por primera vez a Eduardo Soto de Invercor, por recomendación de la firma Lewin y Wills. En este primer acercamiento no contrató ninguno de los servicios ofrecidos por Invercor y simplemente solicitó

una cotización. En esa oportunidad, Juan Alfredo se limitó a informar que Saxónica tenía una participación accionaria en Cartón de Colombia que, a su juicio, se cotizaba en bolsa por debajo del verdadero valor patrimonial de Cartón.

Luego, confirmó que sólo para el 13 de marzo de 2018 se podía hablar de un encargo conferido por Saxónica a Invercor, tal como queda demostrado con el correo de esa fecha en el que Juan Alfredo confirma el inicio y ejecución de varias gestiones (fl. 23 del expediente), lo cual es ratificado con la factura No. 2176 expedida el 16 de marzo de 2018 por Invercor, por concepto de la asesoría en la debida diligencia (fl. 125 del expediente).

Ahora, en cuanto al objeto del encargo, manifestó exactamente lo mismo que Saxónica en cuanto a que este *"se perfeccionó mediante un contrato verbal cuyas cláusulas y estipulaciones concretas no quedaron consagradas en un documento. Tampoco se impartieron las instrucciones en un solo momento. El contenido e instrucciones del encargo se fue complementando a medida que avanzaban las gestiones del mismo. La voluntad de las partes quedó claramente registrada en las distintas pruebas documentales aportadas con la demanda"*.

Repitió entonces lo relativo a las "gestiones del encargo", "objetivo del encargo", "remuneración por el encargo". En otras palabras, insistió en que lo contratado con Invercor fue la gestión para *"negociar y lograr la enajenación de las acciones que Saxónica tenía en Cartón a un precio de venta que superara los \$9.850 por cada acción, y que ello se hiciera por fuera de una OPA"*. Al respecto también fue enfático en sostener que las gestiones realizadas por la demandante no fueron idóneas, porque si bien contactó al presidente de Cartón de Colombia ningún acercamiento realizó con Smurfit Kappa o sus subsidiarias, quienes eran las compradoras naturales de las acciones.

De ahí en más la contestación prácticamente reprodujo la literalidad de la defensa esgrimida por Saxónica, con base en todo lo cual el demandado propuso las que llamó "excepciones" de "falta de legitimación por pasiva", "inexistencia de la obligación: comisión de éxito y sus intereses", "enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido", "falta de idoneidad de

las gestiones" y "confesión: la parte demandante reconoce y es consciente del fracaso de su gestión".

- Pablo Uribe Llano (archivo 37 pdf). Inició su defensa manifestando que coadyuvaba la explicación ya rendida por Saxónica en cuanto al contexto del litigio, pero aclaró que dentro de las particularidades del encargo estaba la decisión de no incluir sus acciones en una eventual negociación, pues en realidad el contrato entre este y la demandante consistió en lo siguiente:

"Primero, realizar una debida diligencia a través de "Euroempresarial", sociedad dedicada a procesos de debida diligencia, sobre la información de Cartón de Colombia y determinar la estrategia a emplear respecto de Saxónica y Pablo Uribe como accionistas minoritarios.

Ahora, respecto de la debida diligencia se precisa que Invercor recomendó a la firma "Euroempresarial" para recaudar información que serviría como insumo para Invercor en el desarrollo de sus gestiones. Por el análisis y revisión de la información, Invercor cobró unos honorarios que ascendían a la suma de \$9.000.000 COP.

Segundo, el acompañamiento y asesoría en la negociación de las acciones que Saxónica y Pablo Uribe tenían en Cartón de Colombia. Este acompañamiento incluía una negociación de las acciones con los accionistas de dicha empresa, especialmente con los principales accionistas: las subsidiarias de SKG, a saber, Packaging Investments Netherlands y Packaging Investments Holdings. Dado que era una gestión que requería múltiples acercamientos y dependía en gran medida de cómo se comportaran los accionistas que comprarían las acciones, las instrucciones respecto del encargo se daban a medida que sucedían ciertos encuentros y reuniones.

El encargo tenía como objetivo negociar y lograr la venta de las acciones que tenían Saxónica y Pablo Uribe en Cartón de Colombia S.A. a un precio de venta que superara los \$9.850 pesos por acción¹, y que la venta se hiciera por fuera de una OPA, debido a las desventajas inherentes a este tipo de enajenación, especialmente la imposibilidad de concertar un precio con la adquirente.

Por el acompañamiento y la asesoría en la negociación de las acciones se pactaron unos honorarios fijos de \$3.000.000 COP, que se pagarían mensualmente con independencia de que se materializara o no la enajenación de las acciones durante la vigencia del encargo. Además, se pactó una comisión de éxito —así se denominó y lo entendieron las partes— equivalente al 3% sobre la diferencia entre el precio final de venta y la suma de \$5.540, por cada acción vendida, cuando se cumpliera el objetivo y las instrucciones del encargo.

Es evidente que para que se entendiera que había lugar a la comisión de éxito, la venta de las acciones debía ser consecuencia de las gestiones realizadas por Invercor al lograr un precio superior a \$9.850 por acción y por fuera de una OPA. Así lo demuestran las comunicaciones entre las partes y las conductas desplegadas por estas.”

Así las cosas, la única gestión realizada por Invercor a favor de Pablo Uribe Llano consistió en asistir a las asambleas de accionistas de Cartón de Colombia, llevadas a cabo el 21 de marzo de 2018 y 27 de marzo de 2019. *“Además, a partir de abril de 2018, específicamente el 3 y 4 de abril, Invercor indicó que era mejor no incluir las acciones de mi representado en la eventual negociación, dado que su valor no era significativo. Así quedó plasmado tanto en la comunicación dirigida al presidente de Cartón de Colombia S.A., el señor Álvaro José Henao el 3 de abril, donde se especificó que Saxónica vendería sus acciones, como en el correo enviado por Eduardo Soto (presidente de Invercor) a Juan Alfredo Uribe el 4 de abril de 2018.”*(fl. 6 archivo 37).

Ya con respecto a los hechos, manifestó que se adhería a la contestación de Saxónica, pero hecha la precisión de que el 3 de abril de 2018 el propio Eduardo Soto, representante legal de Invercor, decidió no incluir sus acciones en la negociación, como se puede notar por ejemplo al revisar que las gestiones de la demandante se limitaron a la representación de Saxónica.

Con base en lo anterior propuso entonces las que denominó “excepciones” de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “no existió gestión por parte de Invercor respecto de las acciones que Pablo Uribe poseía en Cartón de Colombia”, “en caso de que se considere que Invercor sí continuó ejecutando el encargo respecto de Pablo Uribe, no procede el cobro de la comisión de

éxito y sus intereses”, “falta de incidencia de las gestiones de Invercor en la OPA”, “enriquecimiento sin causa”, “falta de idoneidad de las gestiones” y “confesión: la parte demandante reconoce y es consciente del fracaso de su gestión”.

SENTENCIA IMPUGNADA

Trabada la relación procesal, se dictó sentencia en la que se resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de mérito de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por el demandado JUAN ALFREDO URIBE CARDOZO y no probada para el demandado PABLO URIBE LLANO, tal como se indicó en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de NO EXISTIÓ GESTIÓN POR PARTE DE INVERCOR RESPECTO DE LAS ACCIONES QUE PABLO URIBE POSEÍA EN CARTÓN DE COLOMBIA, propuesta por el demandado PABLO URIBE LLANO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN: COMISIÓN DE ÉXITO Y SUS INTERESES, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE IDONEIDAD DE LAS GESTIONES, CONFESIÓN: LA PARTE DEMANDANTE RECONOCE Y ES CONSCIENTE DEL FRACASO DE SU GESTIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA y FALTA DE LEGITIMACIÓN propuestas por la demandada SAXONICA S.A.S., en virtud de las consideraciones antes expuestas.

CUARTO: DECLARAR que entre la sociedad SAXONICA S.A.S. por una parte y la sociedad INVERCOR S.A.S., de otra parte, existió un CONTRATO DE CORRETAJE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: DECLARAR que la sociedad SAXONICA S.A.S. incumplió el contrato de CORRETAJE celebrado con la sociedad INVERCOR S.A.S., al no haber cancelado la comisión de éxito pactada del 3% sobre la diferencia del valor inicial y el valor final de venta de las acciones que estos poseían en la sociedad CARTÓN DE COLOMBIA S.A.S.

SEXTO: CONDENAR a la sociedad SAXONICA S.A.S. a cancelar a favor de la demandante INVERCOR S.A.S. la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS DIECISÉIS MIL CUATROCIENTOS TRES PESOS CON DOS CENTAVOS (\$263.916.403,2) M/CTE, correspondiente a la comisión de éxito pactada en el contrato de CORRETAJE, más los intereses de mora liquidados a la tasa máxima autorizada por la Superfinanciera a partir del 10 de junio de 2019, fecha en que se materializó la negociación y venta de las acciones.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la demandada SAXONICA S.A.S. a favor de la demandante INVERCOR S.A.S., para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de VEINTISÉIS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$26.400.000) M/CTE; y en virtud de la prosperidad de la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva" del demandado JUAN ALFREDO URIBE CARDOZO, se condenará en costas a la parte de mandante y a favor de aquel, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de DIEZ MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$10.500.000) M/CTE; y al haber prosperado la excepción de "no existió gestión por parte de INVERCOR respecto de las acciones que Pablo Uribe poseía en Cartón de Colombia", se condenará en costas a la parte demandante INVERCOR S.A. y a favor del demandado PABLO URIBE LLANO, para lo cual se fija como agencias en derecho la suma de DIEZ MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$10.500.000) M/CTE. Lo anterior con base en la naturaleza, calidad y duración de la gestión del apoderado y por la cuantía del proceso; de conformidad con el ACUERDO No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura

OCTAVO: En firme esta providencia archívese el expediente"

Para decidir de la manera como lo hizo, la *a-quo* partió planteando como problemas jurídicos los consistentes en determinar lo siguiente: i) si en el

presente asunto se configuran los presupuestos axiológicos de la pretensión de cumplimiento de contrato, estableciendo si era de mandato, corretaje o intermediación y si hubo condición suspensiva consistente en que la negociación de las acciones se realizara por fuera de una Oferta Pública y por encima de los \$9.850; y ii) si la negociación final se realizó gracias a la gestión de Invercor. Dicho lo anterior, afirmó que se encontraban reunidos los presupuestos procesales.

Prosiguió entonces a realizar algunas consideraciones sobre la legitimación en la causa en lo relacionado con Juan Alfredo Uribe Cardozo, quien no tenía acción alguna en Cartón de Colombia y, por tanto, no podía encargar su venta. En la demanda la pretensión se enfila a que los demandados sean condenados por el incumplimiento de corretaje y en subsidio de mandato, por lo que su premisa fundamental es que los demandados eran titulares de las acciones y, en ese orden, como el señor Uribe Cardozo no tenía acciones en Cartón de Colombia, está claro que carece de legitimación en la causa porque actuó simple y llanamente como representante legal de Saxónica S.A.S.

Empero, la decisión debía ser diferente con respecto a Pablo Uribe Llano, porque este sí era propietario de las acciones. Cosa diferente es que de su parte hubiera o no incumplimiento contractual, lo cual no se relaciona estrictamente con la legitimación en la causa.

Pasó entonces a analizar los supuestos de "cumplimiento de contrato", para lo que estimó necesario estudiar los contratos celebrados, en cuya tarea comenzó hablando sobre la autonomía de la voluntad para contratar y sobre la "acción" de cumplimiento de contrato (artículo 1546 del Código Civil), y dijo que sus requisitos son: contrato válidamente celebrado, incumplimiento total o parcial de las obligaciones, que el demandante haya satisfecho o haya estado presto a cumplir. Agregó que el legislador instituyó la acción a favor del contratante cumplido y que así lo reafirmó la Sala Civil de la Corte en sentencia del 20 de abril de 2018 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz).

Seguidamente dijo: "hablemos entonces del contrato de corretaje, artículo 1340 del Código de Comercio". En él hay un agente intermediario que pone en relación a dos o más personas para que celebren un negocio. Sus características, según sentencia del 14 de septiembre de 2011 (radicado 2005

0366 01) reiterada en la reciente providencia SC 008 de 2021, son: típico, bilateral, oneroso, conmutativo y principal, consensual o libre, no es contrato preliminar o preparatorio porque no crea prestación de hacer sino de buscar aproximar o contactar. Además, el canon 1341 del Código de Comercio habla del derecho de remuneración siempre que el negocio se celebre, salvo que se trate de una condición suspensiva.

Agregó que de antaño la Corte fijó los presupuestos para que el corredor sea retribuido (sentencia del 13 de abril de 1995 reiterada en la SC 0008 de 2021), cuales son que el vendedor acepte el contrato y el corredor haya efectuado gestiones idóneas, por cuya virtud el negocio termine celebrándose entre las partes finalmente acercadas.

Por su parte, sobre el contrato de mandato simplemente dijo que es uno de aquellos en el que una persona confía la gestión de sus negocios a otra.

Ya en el caso concreto, aseguró la Juez que debía adentrarse en los presupuestos axiológicos de la pretensión de cumplimiento de contrato. Con respecto a **la existencia de un contrato válidamente celebrado**, dijo que entre las partes existió un contrato de corretaje porque ninguna de las partes cuestiona que Saxónica y Pablo Uribe Llano querían vender las acciones y para ello contactaron a Invercor. Por tanto, la discusión consiste en las condiciones de ese contrato, esto es, en determinar si en realidad la venta debía hacerse por fuera de la OPA y por un precio para cada acción superior a \$9.850.

Sostuvo que la eficacia de la propuesta consiste en que debe ser firme, precisa y completa tal como lo explicó la Sala Civil de la Corte en sentencia del 8 de marzo de 1995 (radicado 4473 SC 054 M.P. Ariel Salazar). Si se informa la oferta y se acepta queda formado el contrato de corretaje, ora expresamente y por escrito, ya verbal o tácitamente, es decir, por un hecho inequívoco.

En este asunto, mediante correo del 8 de marzo de 2018 (folio 26 archivo 01) Eduardo Soto Ferrero, representante de Invercor, remitió a Juan Alberto Uribe Cardozo una propuesta de negocio en los siguientes términos: la evaluación financiera de Cartón de Colombia costaría \$9.000.000 más IVA en lo que se incluía el due diligencie. Por el acompañamiento en la negociación de las acciones se pagarían \$3.000.000 mensuales y una comisión de éxito del 3%

sobre la diferencia entre el precio de la venta y \$5.530 (última cotización de la acción de Cartón de Colombia en bolsa). De allí se infiere que el contrato no pudo haber iniciado en febrero de 2018, porque la propuesta de negociación apenas fue remitida el 8 de marzo de 2018 y allí se propuso la realización de un contrato de mandato para la asesoría y representación, el acompañamiento en el Due Dilligencie y otro de corretaje para negociar las acciones, todo a cambio de \$3.000.000 mensuales y una comisión de éxito de 3%.

Ahora, el negocio quedaría en firme una vez aceptara el destinatario de la oferta, lo cual ocurrió tácitamente, según el correo electrónico del 13 de marzo de 2018 (folio 29 archivo 01) en el que Juan Alfredo Uribe escribió *"yo lo discutí con Diana y pensamos que tú puedes atender la asamblea de las acciones de mi hijo Pablo"*. Además, relacionó las siguientes pruebas documentales: a folio 28 del archivo 01 obra otro correo de Juan Alfredo Uribe el 14 de marzo y le manifiesta a Eduardo Soto que la asamblea era el miércoles; entre folios 24 y 91 obran documentos que dan cuenta de la ejecución del contrato en los términos planteados por la sociedad demandante, pues no se probó una contrapropuesta con cláusulas o condiciones diferentes, porque además obran constancias de pago de los honorarios de \$3.000.000 mensuales, tal como lo declaró la contadora de Saxónica y lo reconoció en interrogatorio Juan Alfredo Uribe Cardozo, porque dijo que se dio cuenta que había gato encerrado y decidió investigar a Cartón de Colombia y contrató a Invercor en marzo de 2018, quien dos meses después le entregó el resultado de la investigación, por lo que encargó a Invercor "tocarle la puerta a Cartón de Colombia", hacerle ver que la acción valía más, y que a la comisión había lugar si se vendía por encima del valor para recuperar los dividendos perdidos.

En consecuencia, entre Invercor como corredor experto y Saxónica más Pablo Uribe existió un contrato de corretaje, consistente en propiciar la venta de las acciones en Cartón de Colombia. Ese contrato inició el 13 de marzo de 2018 con la aceptación tácita de la propuesta y entre sus gestiones estuvo el acercamiento con Álvaro José Henao, quien en testimonio dijo que recibió nota de Juan Alfredo Uribe donde le dijo que había contratado a Invercor para que llevara a cabo la mentada venta. Igualmente, Diana Vaughan sostuvo que conoció la relación comercial entre las partes.

Con respecto al **incumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato**, dijo la Juez que lo reprochado era la falta de pago de la comisión de éxito por la efectiva venta de las acciones, pero el conflicto consistía en saber si las acciones debían venderse por fuera de la OPA y por encima de los \$9.850 cada una. Al respecto, encontró probado que la demandante se obligó a inducir o propiciar la venta de las acciones, pero ninguna prueba aportaron los demandados para soportar que el pacto consistía en vender por fuera de la OPA y por precio superior al vendido, porque si bien en varios correos se habló de la inconveniencia de vender por ese medio, ello no significa que esa fuera una condición del contrato. Así quedó claro en el correo del 8 de marzo de 2018. Luego, la parte demandada no probó la supuesta condición suspensiva.

La aspiración de los demandados era obtener un precio superior al cotizado en bolsa y no superior \$9.850, porque esta fue una oferta que se dio después de iniciada la gestión de la sociedad demandante. Esa nueva propuesta que no se probó, hubiera constituido una contraoferta, porque incluso la Corte ha dicho que la propuesta no se puede aceptar con reservas o modificaciones, porque en realidad eso es una contraoferta (sentencia SC054 de 2015).

Manifestó además la funcionaria que debía determinar: i) si Invercor propició el encuentro entre las sociedades que finalmente terminaron contratando; y si ii) la negociación final se materializó gracias a su gestión o intervención, es decir, hay que determinar si la demandante realizó gestiones idóneas, porque no toda intervención supone una remuneración habida cuenta que a ella tiene derecho el corredor en casos en que se ha celebrado el negocio, es decir, debe existir nexo causal entre la actividad del corredor y la celebración final de la transacción.

En efecto, aseguró la Juzgadora, la parte demandante aportó los siguientes correos electrónicos que obran en el archivo 001: marzo 8 de 2018 con la propuesta, marzo 13 de 2018 donde Juan Alfredo manifiesta que era mejor que Eduardo pudiera atender la asamblea, marzo 16 de 2018, marzo 28 de 2018 de Eduardo a Juan Alfredo donde responde unas preguntas, 3 de abril de 2018, mayo 25 de 2018 en el que Eduardo Soto confirma Juan Alfredo que la negociación sería por el 100% de las acciones de Saxónica S.A.S, mayo 24 de 2018 dos correos, 11 de junio de 2018 por medio del cual Eduardo Soto le

responde a Juan Uribe que no había hablado con Álvaro José Henao, agosto 13 de 2018, agosto 22 de 2018, 28 de agosto de 2018 que sirvió para que Juan Uribe dijera a Eduardo Soto *"que a pesar de que es oferta sería de Smurfit me deja en un limbo porque mi esfuerzo ha sido inútil, simplemente hubiera tenido que manifestar mi interés, porque ellos querían comprar"*, 30 agosto de 2018 donde Eduardo le dice a Diana Vaughan que Juan Alfredo Uribe no estaba interesado en vender a \$9.850, 5 de septiembre de 2018 en el que el señor Soto informó que Álvaro José Henao ya se había enterado de que no había interés de vender a ese precio, 29 de octubre de 2018, 21 febrero 2019 en el que Juan Uribe manifestó a Eduardo Soto que había quedado "contento con la conversada", 13 de marzo de 2019, 18 de marzo de 2019, 16 de abril de 2019 mediante el cual se dio conformación final a la venta de las acciones de Saxónica y manifestó su representante legal que "me quedaré con 500 acciones, hemos llegado al final del camino".

Por lo demás, resaltó la Juez que había una serie de correos entre las partes por el cobro y el desconocimiento de la demandada para pagar la comisión, que en realidad no eran de necesario análisis particular.

También consideró que la parte demandante presentó los testimonios de Álvaro José Henao, presidente de Cartón de Colombia, y Diana Vaughan, abogada de Saxónica. Henao dijo que Cartón de Colombia realizó su asamblea de 2019 en marzo y recibieron información de que Saxónica quería ejercer derecho de inspección y allí fue que Eduardo Soto hizo unas observaciones. Posteriormente recibió nota de Uribe diciendo que él quería vender acciones y que había contratado a Invercor para esos efectos. Yo le dije a Soto que podía haber intención de Smurfit y programamos reunión para discutir, él me dijo que Uribe quería vender las acciones y que evaluaran alternativas, pero Cartón de Colombia no iba a comprar, simplemente a transmitir a la Matriz.

Por tanto, recordó que ese testigo aseguró haberse reunido en México con los directivos de Smurfit Kappa a los que informó la intención de venta por parte de Saxónica, a lo cual recibió como respuesta que el precio era de \$9.850 por acción, pero Eduardo Soto le dijo que Uribe no aceptaba, por lo que ya en 2019 el Grupo contactó a otros minoritarios y manifestó que estaba interesado en lanzar una OPA, muy a pesar de que sabían que Saxónica quería vender aproximadamente a \$14.000 cada acción.

Luego, la *a-quo* extractó de ese mismo testimonio la idoneidad de las gestiones de Invercor, habida cuenta que el señor Henao aseguró: pues digamos que lo que estaba ocurriendo era que Smurfit cuando se acercó Soto analizaron y vieron que \$5.530 no era adecuado y que querían ofrecer el precio final, más que el hecho de que se conociera la intención de Saxónica motivó un análisis por parte de la matriz.

Entonces, si Eduardo no hubiera gestionado no se hubiera hecho la propuesta de compra porque, según la Juez con base en el testimonio del presidente de Cartón de Colomba, *"el grupo cuando alguien se acercaba le compraban por el valor que estaba en la bolsa, pero en ese caso era un porcentaje accionario que era grande, no eran poquitas acciones, el grupo decidió que en ese caso era más importante un precio que fuera por encima de la bolsa porque seguramente el precio de bolsa no iban a querer vender."*

En consecuencia, las gestiones de Invercor consistieron en haberse reunido algunas veces con Álvaro José Henao y asistir a las asambleas de Cartón de Colombia, con lo que se controvierte la declaración de Juan Alfredo Uribe Cardozo cuando aseguró que Eduardo Soto y Álvaro José Henao se reunieron por apenas 15 minutos, lo cual fue también desmentido por Diana Vaughan al decir que tenía entendido, porque Eduardo Soto se lo dijo, la existencia de una comisión de éxito y que a Invercor se le contrató porque la idea era que las acciones se negociaran con alguien que las pudiera adquirir, negociar con otros accionistas, pero que *"digamos que Smurfit era el que le podía interesar, entonces se procedió"*, por lo cual a su juicio la gestión de la demandante había influido en la transacción final, aunque aclaró que "no me consta".

De las anteriores pruebas entendió la Juez probado el nexo causal entre la gestión y la venta por un precio superior al que tenían las acciones en bolsa, con base en lo cual estimó **acreditado el segundo y el tercer presupuesto axiológico de la pretensión**, porque Invercor cumplió con todas las gestiones para que las acciones se vendieran por un precio mayor al que tenían en la bolsa de valores, indistintamente de que fueran vendidas en la OPA, ya que las partes nunca pactaron que fueran vendidas por fuera y por más de \$9.850, sino simplemente por un precio superior a su cotización en el mercado de valores.

Acreditados los elementos axiológicos de la pretensión, abordó el estudio de los medios exceptivos anunciando que no estaban llamados a prosperar, precisamente remitiendo a los anteriores argumentos. Sin embargo, con respecto a Pablo Uribe Llano no acogió la demanda porque el propio Invercor decidió no incluir sus acciones en la negociación, como lo dijo Eduardo Soto en correos del 4 de abril de 2018 y los demás correos que dan cuenta de que las gestiones se orientaron exclusivamente a vender las acciones de Saxónica. El mismo Eduardo dijo en su interrogatorio que nunca había hablado con Pablo Uribe Llano y que no recordaba si se habían vendido su participación accionaria.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión **Saxónica S.A.S** se alzó en su contra, alegando como reparos concretos los que pasan a individualizarse **(en audiencia y dentro de los tres días siguientes por escrito)**.

PRIMERO: *"en contra de la decisión del Despacho de concluir que hay lugar a la causación de la comisión de éxito, toda vez que no se suplió el estándar de prueba exigido por la Corte Suprema de Justicia en su precedente y en su línea jurisprudencial condensada en la sentencia SC008 de 2021".* Lo anterior, porque Invercor fracasó en su encargo y esa comisión no se causó.

SEGUNDO: *"en contra de la calificación jurídica que hizo el Despacho sobre el contrato efectivamente celebrado".* En ese punto *"se reprocha a la Juez de 1ª instancia el haber concluido erróneamente que las partes habían coincidido desde la fijación del litigio en que la discusión giraría entorno a la celebración de un contrato de corretaje, cuando lo cierto es que ambas habían coincidido en que se había suscrito un contrato verbal, sin especificar su naturaleza".*

Con su decisión, entonces, desconoció el contenido del artículo 1340 del Código Civil y *"el precedente fijado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia SC 008 de enero de 2021 en la que se afirma que el corredor no puede estar vinculado a ninguna de las partes".* Luego:

"(L)a sentencia de primera instancia mencionó tímidamente que Saxónica también había celebrado un mandato paralelo al corretaje,

que tuvo por objeto apoderar a Invercor para la asamblea de accionistas de Cartón de Colombia de 2018. Pero omitió por completo indicar cuál había sido el propósito de esta visita, desconociendo con ello la estrategia que consta a folios 23 y 105 a 109 del expediente físico. En estas pruebas Invercor declara, sin lugar a dudas, que su visita tenía por objeto comenzar una negociación de las acciones de Saxónica por cuenta de esta. Por lo tanto, tampoco es cierto que se hubiera celebrado un mandato mercantil paralelo a un contrato de corretaje. El contrato era, precisamente, el mandato tendiente a materializar la negociación y venta de las acciones que Saxónica tenía en Cartón de Colombia S.A.”

TERCERO: *“forma como el Juzgado valoró el testimonio de Álvaro José Henao, lo cercenó y lo valoró respecto de unas preguntas, no lo hizo conjuntamente. Él mismo manifestó que otros accionistas minoritarios siempre habían manifestado interés en la venta de sus acciones y que eso había sido el detonante para poder propiciar la OPA, no las gestiones de Invercor y que él no podía dar cuenta de que hubiera sido la incidencia de Saxónica o Invercor lo resultante para haber producido la OPA”. En consecuencia:*

“la Juez dio un alcance indebido a lo testificado por el presidente de Cartón de Colombia, el señor Álvaro José Henao, pues aquella infirió que existía certeza y nexo causal entre las gestiones realizadas por Invercor y la OPA. Lo anterior es completamente desacertado ya que el mismo testigo reconoció que el precio de \$9.850 por acción lo habían fijado unilateralmente los altos directivos de Smurfit Kappa en una reunión de junta directiva en el 2018, teniendo en cuenta que la oferta se realizaría a la mayoría de accionistas minoritarios y que estos no estarían dispuestos a vender por el mismo precio a lo que estaba la acción en la Bolsa de Valores de Colombia. La oferta se realizaría no solamente a Saxónica, sino a otros accionistas, tales como Carvajal, que siempre estuvieron interesados en vender sus acciones.

Como se mencionó anteriormente, y más importante aún, el señor Álvaro José Henao reconoció que él no tenía ninguna capacidad de decisión respecto de la compraventa, dado que era el presidente de Cartón de Colombia y eran precisamente las acciones de esta compañía

las que se querían y pretendían vender. Por ende, este no representaba de ninguna manera los intereses de Smurfit Kappa ni de sus filiales, accionistas mayoritarias que terminaron lanzando la OPA y comprando a través de este medio casi el 30% que ostentaban diferentes accionistas minoritarios.”(fl. 15 archivo 66)

CUARTO: *“el Juzgado fue supremamente riguroso al analizar la conducta de las partes, pero exclusivamente a la etapa inicial, marzo a abril de 2018, pero no analizó la conducta de las partes de ahí en adelante, donde claramente se evidencia que el señor Juan Alfredo Uribe rechazó y buscó alternativas para evitar la ocurrencia de la OPA. Si se hubiera analizado con el mismo umbral y con el mismo rigor probatorio, hubiera concluido que la OPA no era una opción deseable y que el contrato de mandato que se suscribió con Invercor se tenía que regir por esas instrucciones que se iban dando. Específicamente, es crucial, muy importante, el correo que consta a folio 58 en el cual se hablaba de la venta individual de las acciones y no mediante OPA. Folios 77 en adelante”*

QUINTO: *“forma en cómo el Despacho analizó el nexos causal. Fue ligero en su análisis al tener en cuenta cómo se debía acreditar ese nexos causal. Tal y como la sentencia SC0008 de 2021 se exige causa y efecto, en el escenario más riguroso el mismo Despacho reconoce que la conducta de Invercor pudo haber incidido pero no fue determinante”*

SEXTO: *“valoración de la confesión que hizo Eduardo Soto. Confesó que nunca contactó a las subsidiarias de Smurfit, los destinatarios naturales”*

SÉPTIMO: *“la forma en que el Despacho aplicó el artículo 167 del C.G.P, que le imponía la carga al demandante de acreditar la absoluta certeza del nexos causal entre su gestión y el negocio”*

OCTAVO: *“alcance al correo electrónico al correo del 8 de marzo de 2018. Ese correo hacía parte de un contrato complejo que no quedaba vertido en un único documento. Le dio primacía a ese contrato (sic), pero le restó el valor probatorio a otros documentos sumamente importantes”.*

NOVENO: *"falta de valoración probatoria del acta del 1º de marzo de 2019, en la cual Junta Directiva de Smurfit Kappa, en donde en ninguna parte, ningún párrafo, se menciona la intervención de Invercor, sino que se aprueba llevar a cabo la OPA como una decisión de alta gerencia"*

DÉCIMO: *"el Despacho omitió y no valoró conjuntamente y de manera integral testimonios como los de Álvaro José Henao, Diana Vaugh y apartes como declaración de parte del señor Juan Alfredo Uribe. En todos ellos se habló de un precio por acción alrededor de \$12.000 a \$18.000. Esto hacía parte de la instrucción del encargo que se le dio a Invercor, ya fuera en un contrato de mandato o en un contrato eventualmente de corretaje."*

Mediante escrito radicado el 27 de julio de 2021 la apelante decidió "precisar" los reparos realizados en audiencia. En esa tarea aclaró con orden lo siguiente:

"(L)a apelación interpuesta en audiencia reprocha principalmente 3 aspectos relacionados con dichas decisiones:

El primero: *se reprocha a la Juez de 1ª instancia el haber concluido erróneamente que las partes habían coincidido desde la fijación del litigio en que la discusión giraría entorno a la celebración de un contrato de corretaje, cuando lo cierto es que ambas habían coincidido en que se había suscrito un contrato verbal, sin especificar su naturaleza.*

El segundo: *el segundo reparo va dirigido a la decisión de que fue Saxónica quien incumplió el contrato. Como se explica en este escrito, Invercor fracasó en su encargo y, por tanto, no existió, no se causó, ni se probó la certeza causal que le permitía exigir el pago de la comisión de éxito reclamada en la demanda.*

El tercero: *para llegar a las conclusiones a las que llegó en la sentencia, la Juez de 1ª instancia dio un alcance indebido a los testimonios de Álvaro José Henao y Diana Vaughan, a los interrogatorios de parte del señor Juan Alfredo Uribe, codemandado, y Natalia Gutiérrez, representante legal de Saxónica y a los documentos aportados como prueba por la misma demandante, Invercor.*

Por esta razón, los reparos formulados en la audiencia del 22 de julio de 2021 y los que aquí se precisan de forma complementaria, según lo autorizado por el Art. 322 (numeral 3) del CGP, atacan específicamente los tres puntos mencionados anteriormente. (negrillas fuera del texto original.

Archivo pdf 66)

Aseguró entonces que le había encargado a la demandante la negociación y venta de las acciones de las que era titular en Cartón de Colombia, pero lo hizo a través de una modalidad contractual en la que Invercor debía gestionar la venta como mandataria, bajo una precisa instrucción según la cual debía realizarse el negocio de manera directa, por fuera de una OPA, y en un precio que inicialmente se estimó entre \$12.000 y \$18.000 por acción. Entonces, con la asistencia de Eduardo Soto a la asamblea de accionistas de Cartón de Colombia que se llevó a cabo el 21 de marzo de 2018, Invercor aduce que comenzó a negociar las acciones. El Acta de dicha asamblea demuestra que Eduardo Soto de Invercor, efectivamente representó a Saxónica en esa reunión como su apoderado (fl. 123 del expediente físico). Luego, el mismo Eduardo Soto, en la carta del 2 de abril de 2018 (folio 105 a 109 del expediente físico), reconoce que su propósito fundamental para asistir como apoderado de Saxónica a la Asamblea era el de "lograr la venta de las acciones de Cartón de Colombia de propiedad de la familia Uribe en un precio adecuado" con lo cual reconoció que Invercor realmente actuaba como mandatario, con miras a concretar un acto de comercio.

Además, en la "carta del 3 de abril de 2018 (fl. 30 y 31 del expediente físico), también aclara cualquier duda en cuanto a la naturaleza del contrato que debe regular el encargo, pues allí el mismo Juan Alfredo Uribe actuando como representante de Saxónica expresó que Invercor se haría cargo del proceso de venta, así:

*Saxónica S.A.S., sociedad que represento y es propietaria de 2.307.058 acciones de Cartón de Colombia S.A. ha tomado la decisión de vender tales acciones, para lo cual hemos solicitado al señor Eduardo Soto, Presidente de Invercor **que adelante el proceso de venta.***

*Como queremos que la administración conozca nuestras intenciones y consideramos que Smurfit Kappa podría tener interés en adquirirlas, **el señor Soto se estará comunicando con usted en los próximos días para concertar una reunión.**" (fl. 7 archivo 66)*

Así las cosas, insistió en que ninguna de las instrucciones impartidas por Saxónica a Invercor produjo los resultados deseados, porque "Saxónica e Invercor plantearon varios escenarios de venta, y en todos ellos se pretendía hacer una venta directa a Packaging Investment Holdings y Packaging Investment Netherlands. Primero, mediante la venta de Gorobetha, la sociedad propietaria de las acciones de Saxónica (fls. 34 a 39 del expediente físico); luego mediante una venta directa a los accionistas mayoritarios y, por último, pretendiendo que el Grupo Carvajal, Argos y otros accionistas minoritarios formaran un bloque para negociar las acciones.". De hecho, el primer escenario planteado Por Juan Alfredo Uribe fue la venta de Gorobetha Ltd para que indirectamente fueran adquiridas las acciones que Saxónica tenía en Cartón de Colombia, pero por fuera de la bolsa de valores y obviamente por fuera de una OPA. "En el correo electrónico del 24 de mayo de 2018 (folio 37 del expediente físico), Juan Alfredo Uribe le explico a Eduardo Soto que:

- *Gorobetha es la sociedad matriz que controla a Saxónica (del family trust) y tiene inversiones en otros valores y en finca raíz en EEUU.*
- *Gorobetha es la única accionista de Saxónica en Colombia.*
- *Saxónica es a su vez accionista de Cartón de Colombia S.A., cuyas acciones están inscritas en la BVC."*

Finalmente, la apelante alegó que en todo caso no existía prueba del nexo causal entre las gestiones de Invercor y el negocio que finalmente se concretó entre Saxónica y Smurfit Kappa a través de sus subordinadas, por lo que con base en la sentencia SC 008 de 2021 dictada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia realmente no había nacido derecho a la remuneración, porque

"(E)n esa oportunidad, estudiaba la Corte el caso de un corredor que alegaba que el encargante no había pagado la comisión a la que tenía

derecho, pese a que, afirmaba, había logrado con éxito la celebración del contrato encomendado. Sin embargo, encontró acreditado la Corte que, tal como lo había decidido el Tribunal en la segunda instancia, no había lugar a la comisión que reclamaba el corredor, pues no existía certeza causal entre la gestión realizada por el corredor y el contrato finalmente celebrado por el encargante con Ecopetrol. En este caso, esa incertidumbre causal se afincaba en dos circunstancias: 1) No se acreditó que el empleado de Ecopetrol con el que se contactó el corredor estaba facultado para celebrar el negocio que se estaba buscando realizar. 2) El negocio finalmente celebrado entre el encargante y Ecopetrol se perfeccionó 2 años después de realizada la gestión del corredor, y fue firmado por un empleado de Ecopetrol que sí tenía facultades para suscribir el contrato por dicha compañía, diferente al contactado inicialmente por el corredor.”(fl. 12 archivo 66)

En ese punto, además, citó la sentencia dictada por esta Sala con ponencia de la Suscrita, dentro del proceso con radicado 05001 31 03 017 2017 00334 01, en la que a grandes rasgos se negaron las pretensiones bajo el siguiente argumento *"(...) mal se haría en reconocer a la demandante como corredora con derecho a remuneración, cuando su única labor fue enviar un correo electrónico a persona diferente a la encargada de negociar los inmuebles en Leonisa, que incluso trabajaba para una sociedad que finalmente no adquirió el bien y que, además: i) ni siquiera estaba enterado de que el bien objeto de venta ya estaba en el patrimonio de Albuquerque”.*

Finalmente, sobre la valoración de la prueba documental aseguró que el Despacho le atribuyó un peso probatorio excesivo o dejó de analizar en contexto los siguientes documentos:

- El correo electrónico del 8 de marzo de 2018 (folio 20 del expediente físico), pues entendió que allí constaban todas las cláusulas y demás estipulaciones del contrato, sin tener en cuenta que el contrato celebrado se iba formando y transformando a medida que se impartían las instrucciones para su ejecución.*

- El correo electrónico del 28 de marzo de 2018 enviado por Eduardo Soto a Juan Alfredo Uribe en el que le responde varias preguntas*

planteadas por Juan relacionadas con la eventual venta de las acciones de Saxónica en Cartón (folio 28 del expediente físico). Allí se explicó de forma genérica y a modo informativo las posibilidades para vender acciones que están inscritas en bolsa, ya fuere mediante una oferta de adquisición (OPA) por parte del comprador, o una oferta de venta por el vendedor, o negociación directa por el mercado, pero en todo caso a través de la bolsa. Desafortunadamente el Juzgado entendió que con esta sola mención a la OPA, esta se viabilizaba como una posibilidad válida para lograr la venta de las acciones, pero omitió la respuesta de Juan Alfredo Uribe a dicho correo, enviada el 29 de marzo de 2018 (folio 29 del expediente físico) en la que expresó textualmente "te llamo el lunes y retomamos estrategias" dando a entender con ello que estas eran apenas consideraciones preliminares y no era el encargo en sí mismo.

- *No tuvo en cuenta la carta del 3 de abril de 2018 (fls. 30 y 31 del expediente físico), en la que se aclaró la naturaleza del contrato que debía regular el encargo, pues allí el mismo Juan Alfredo Uribe actuando como representante de Saxónica expresó que Invercor se haría cargo del proceso de venta. Con ello se demostraba la existencia del mandato para actuar por cuenta de Saxónica.*
- *Dejó de analizar los folios 34 a 39 del expediente físico. Allí el Despacho pasó por alto que el negocio realmente propuesto y mediado por Invercor fue la posible venta de las acciones que Saxónica tenía en Cartón de Colombia, a través de la venta de las acciones de la matriz y única titular de Saxónica: Gorobetha Ltd. Este escenario nunca se dio.*
- *Valoró inadecuadamente los correos electrónicos de agosto de 2018, especialmente el del 30 de agosto de 2018 obrante a folio 46 del expediente físico en los que constaban claramente los elementos esenciales e instrucciones del encargo, como por ejemplo, abstenerse de vender las acciones en un valor igual o inferior a los \$9.850 por acción, en la OPA que adelantaría Smurfit." (fls. 14-15 archivo 66)*

También enarboló reproche de indebida valoración probatoria con respecto al interrogatorio del representante legal de Saxónica, en tanto que este nunca

desconoció que Invercor efectivamente asistió a dos asambleas de accionistas, pero claramente lo hizo en calidad de mandataria y por ello se le pagaron \$45.000.000 distribuidos en sumas iguales de \$3.000.000 mensuales.

DE LA SUSTENTACIÓN EN ESTA INSTANCIA (DECRETO 806 DE 2020)

El recurso de apelación fue admitido mediante auto fechado el 14 de septiembre de 2021 (notificados por estados del día 17 de ese mes) y, conforme lo regla el artículo 14 del decreto 806 de 2020, la parte apelante allegó en término (24 de septiembre) vía correo electrónico el memorial de sustentación, con el cual se acompañó constancia de haber agotado el trámite previsto en el párrafo del artículo 9º del decreto 806 de 2020.

En el mentado memorial, básicamente, reiteró los argumentos que utilizó para introducir los reparos concretos en contra de la sentencia de primer grado, manifestando que los "ratificaba" y que con base en los mismos solicitaba:

"(i) revocar la tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima decisión de la sentencia de 1ª instancia, mediante las cuales se declararon no probadas las excepciones propuestas por Saxónica en la contestación de la demanda; se declaró la existencia de un contrato de corretaje entre Saxónica e Invercor; se declaró el incumplimiento del contrato de corretaje por parte de Saxónica; se condenó a Saxónica a pagar la suma de \$263.916.403,2 M/CTE correspondiente a la comisión de éxito y; se condenó en costas a Saxónica a favor de Invercor, para lo cual se fijó como agencias en derecho la suma de \$26.400.000 M/CTE y, en su lugar; (ii) declarar el incumplimiento del contrato de mandato por parte de Invercor y, por último; (iii) declarar la prosperidad de las excepciones denominadas "Inexistencia de la obligación: comisión de éxito y sus intereses; "Enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido"; "Falta de idoneidad de las gestiones; "Confesión: la parte demandante reconoce y es consciente del fracaso de su gestión"; propuestas por Saxónica en la contestación de la demanda." (sic escrito sustentación)

Por su parte, Invercor S.A.S se pronunció alegando que el recurso de apelación no había sido sustentado y, por tanto, debía declararse desierto en

tanto que la parte demandante confundió reparos con sustentación, como quiera que apenas introdujo los primeros ante el Juez de primer grado y ante el Tribunal simplemente los ratificó o remitió al escrito que los contiene, pero sin sustentarlos.

Ya en cuanto a los reparos realizados por la apelante manifestó que el apelante "confundió todo, confunde el perfeccionamiento de los contratos y su naturaleza, confunde el saneamiento del litigio, confunde la causa petendi de la demanda y confunde las facultades y atribuciones del Juez", porque en realidad no existen los contratos verbales y esa es una "entelequia" sin apoyo jurídico alguno. En realidad, existen contratos consensuales o solemnes, y las partes coincidieron en que habían celebrado uno del primer tipo, cuya naturaleza correspondía al Juez determinar como en efecto lo hizo, concluyendo que se trataba de un contrato de corretaje.

En tal panorama, adujo que la apelante nunca probó los supuestos en que basó su defensa, esto es, no acreditó que las acciones hubieran sido vendidas por debajo del precio aspirado y que su enajenación se realizó por medio de una OPA, cuando supuestamente la instrucción consistió en una venta directa. Es más, ninguna prueba aportó la apelante sobre la existencia de un supuesto contrato de mandato, porque lo que hizo Invercor fue realizar todo tipo de gestiones para acercar al vendedor de las acciones con los potenciales compradores.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta lo decidido y argumentado por la juzgadora de Primer Grado, amén de los reproches de la parte apelante y su réplica, en los siguientes términos pueden plantearse los problemas jurídicos que debe abordar la Sala en esta ocasión:

¿Fue debidamente sustentado el recurso de apelación?

Superado lo anterior, deberá la Sala determinar

¿Celebraron las partes un contrato de corretaje o uno de mandato?

¿Deben prosperar las pretensiones por estar acreditados sus presupuestos axiológicos, como lo concluyó la *a-quo?* o, como lo sostiene la apelante ¿deben negarse por no concurrir los mentados presupuestos axiológicos?

Lo anterior implica resolver varios interrogantes, tales como:

¿Está probado que Saxónica estaba dispuesta a vender las acciones que tenía en Cartón de Colombia S.A a través de cualquier mecanismo, incluida la OPA lanzada por Smurfit Kappa?

¿Se probó que Saxónica consintió en vender cada una de las acciones que tenía en Cartón de Colombia S.A por cualquier precio superior al de la última cotización en bolsa?

Además, por ser transversal a esos problemas, la Sala debe determinar si

¿Fue indebida la valoración probatoria con respecto a la prueba documental, los testimonios de Álvaro José Henao y Diana Vaughan, los interrogatorios de Juan Alfredo Uribe Cardozo y el de los representantes legales de Invercor y Saxónica?

¿Valoró la Juez de forma inadecuada la conducta de las partes en la ejecución del contrato?

¿Distribuyó la Juez de forma errada la carga probatoria?

Superado el trámite correspondiente al recurso, corre la oportunidad de resolver y a ello se procede con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. La regulación del recurso de apelación en el C.G.P

Es claro que el recurso de apelación de sentencias interpuesto con posterioridad a la vigencia del decreto 806 de 2020 se rige por las disposiciones del Código General del Proceso, con las puntuales

modificaciones introducidas por aquél que, básicamente, tocan con su trámite ante el *ad-quem* y con la forma en que se decide, como pasa a verse.

La regulación del recurso de apelación en el Código General del Proceso está contenida del artículo 320 al art. 330, y específicamente la apelación de sentencias comprende varios momentos: el primero es el de su interposición, el cual tiene que darse de manera verbal, inmediatamente después de pronunciada si fue emitida en audiencia, debiendo el juez resolver sobre su concesión al finalizar la audiencia, aunque no se hubiesen señalado allí los reparos concretos: "*(E)l juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, **así no hayan sido sustentados los recursos.***" (negritas fuera del texto original. Art. 322-1)

El segundo momento es el señalamiento de los reparos concretos, lo que, conforme al segundo inciso del numeral 3º del artículo 322 puede hacerse al momento mismo de interponer el recurso en audiencia, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización. Señalamiento de reparos que supone precisar brevemente los reproches que se hacen a la decisión y "*sobre los cuales versará **la sustentación que hará ante el superior***". Si no se señalan los reparos concretos en la forma y oportunidad previstas, el juez de primera instancia declarará desierto el recurso.

Ahora, esos reparos tienen que embestir lo que constituye la base de la decisión, pues solo así podría esperarse que el superior la reforme o revoque, como lo expresa art. 320 inc. 1º del citado estatuto: "*(E)l recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión...***". Y ello es así debido a la limitante que a la competencia del juzgador *Ad-quem* impone el mismo estatuto, este no puede abordar oficiosamente aspectos no reparados por el apelante, salvo que se trate de asuntos sobre los cuales deba el superior pronunciarse oficiosamente (art. 328 C.G.P.).

El tercer momento es el de la sustentación, el cual, por mandato imperativo de la ley tiene que surtirse ante el superior, so pena de que este lo declare desierto (cuarto inciso del ordinal 3º del art. 322).

Recibido el expediente por el superior, se procede al examen preliminar de que trata el artículo 325 del citado estatuto, al cabo del cual, si no encuentra cumplidos los requisitos para que se hubiese concedido, lo declarará inadmisibile y devolverá el expediente al despacho de origen. En caso contrario, lo admitirá.

1.1. De las modificaciones introducidas en la materia por el decreto 806 de 2020

Sea lo primero destacar que entre los considerandos del mentado decreto se lee:

*"(Q)ue este marco normativo procurará que por regla general las actuaciones judiciales se tramiten a través de medios virtuales y excepcionalmente de manera presencial. Por lo que se debe entender que las disposiciones de este decreto complementan las normas procesales vigentes, **las cuales seguirán siendo aplicables a las actuaciones no reguladas en este decreto**".*

Ya en lo referente al recurso de apelación de sentencias, el art. 14 es del siguiente tenor, en lo pertinente:

"(A)pelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

(...)

*"Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante **deberá sustentar** el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. **Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.***

Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practican, se escucharán alegatos y se dictará

sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso.”

De suerte que sólo modificó el citado cuerpo normativo lo atinente a la forma de sustentar y decidir el recurso que, para los interpuestos a partir de su vigencia, ya no sería oral en audiencia (salvo si se decretan pruebas), sino por escrito presentado a través de medios virtuales, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del auto que lo admite o del que niegue la solicitud de pruebas. No se modificó el contenido de la sustentación que, entonces continúa regido por el inciso final del artículo 327 del C.G.P. conforme al cual "(E)l apelante deberá sujetar su alegación **a desarrollar** los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia". Tampoco se modificó la consecuencia que se deriva del incumplimiento de la susodicha carga.

De lo visto se sigue que no es sustentación del recurso lo que se hubiese esgrimido ante el *a-quo* en la oportunidad prevista por el artículo 322 numeral 3- segundo inciso C.G.P; lo hasta allí actuado no constituye más que el señalamiento de los reparos concretos. La sustentación es el tercer paso en la regulación de la apelación de sentencias, la cual, por mandato legal, tiene que surtirse **en principio** ante el superior, debiéndose precisar además que consiste en ampliar, extender, ensanchar, explicar, perfeccionar, esclarecer, en fin, **DESARROLLAR** los argumentos expuestos ante el *a-quo*, sin desbordar los reparos concretos señalados en oportunidad, que por demás tienen que referirse, obviamente, a lo que constituyó el sustento de la decisión atacada. Y es esa disertación así hecha ante el superior, lo que otorga a la vez que define la competencia de este para decidir, conforme al artículo 328, que tampoco fue modificado por el citado decreto 806.

Empero, lo anterior debe entenderse en armonía con lo considerado por la Corte en la sentencia STC5569-2021 del 19 de mayo de este año¹, en la que recogió la postura que venía sosteniendo desde la sentencia STC3472-2021 (7 abril, rad. 00837-00), en tanto que cuando se trata de recursos de apelación interpuestos y tramitados en vigencia del decreto 806, la mayoría

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. *Sentencia de tutela STC5569-2021 del 19 de mayo de 2021*. Radicado 11001-02-03-000-2021-01407-00. M.P. Aroldo Wilson Quiróz Monsalvo.

de los Honorables Magistrados que integran esa Corporación consideró lo siguiente:

*"en vigencia del Código General del Proceso, declarar desierta la apelación cuando la parte recurrente deja de asistir ante el ad-quem a sustentarla, tiene fundamento exclusivo en el sistema de oralidad que gobierna el comentado estatuto (criterio respaldado por la Corte Constitucional en SU-418/19), al devenir improbable la sustitución de las intervenciones orales por escritas; **sin que, por obvios motivos, tal razonamiento tenga cabida cuando en el rito respectivo prevalece lo escritural, como sucede con la vigencia del decreto 806 de 2020, al estarse aquí frente a una formalidad innecesaria en caso de haberse sustentado desde la primera instancia**, merced a que esta última norma, insístase, no busca velar por la oralidad"* (negritas fuera del texto original)

Luego, cuando al momento de introducir el recurso el apelante no solo exprese los reparos concretos en contra de la sentencia de primera instancia, sino que los **sustente** a través de una suficiente exposición ante el *a-quo*, se abre paso para que en segunda instancia se desate la alzada porque así se cumpliría la carga de que trata el inciso final del artículo 327 del C.G.P, ahora en armonía con el entendimiento jurisprudencial de lo preceptuado por el artículo 14 del decreto 806 de 2020.

2. Del contrato de corretaje, su diferencia con otras especies de intermediación y el derecho a remuneración del corredor

Preceptúa el artículo 1340 del Código de Comercio que

"(S)e llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación"

La prestación principal del corredor envuelve una obligación de hacer, que se traduce en prestar el servicio directo, personal, indelegable e independiente,

proyectado en la gestión, promoción, concertación, mediación o intermediación de negocios y búsqueda de posibles interesados a quienes aproxima, acerca, contacta o relaciona para celebrarlos.

Para el vendedor la obligación derivada del corretaje es la de pagar la retribución, remuneración o comisión del corredor, quien tiene derecho a percibirla *"en todos los casos en que sea celebrado el negocio en que intervenga"*-art. 1341 *ibídem*.

Para referirse a su diferencia con otras especies de intermediación como el mandato, la jurisprudencia ha enseñado que la actividad del corredor *"es simplemente promocional, de facilitación o de acercamiento, y no de contratación, pues al no ser dependientes, mandatarios o representantes de los potenciales negociadores, serán éstos los llamados a concertar las voluntades, bien en forma directa, ora por conducto de sus respectivos apoderados, en todo caso distintos a la persona del mediador."*

Postura esa invariable que sostiene la jurisprudencia desde la sentencia de casación del 6 de octubre de 1954 (Gaceta 78 - 861) reiterada en fallo de 13 de abril de 1955 (80-13), en la que se entiende al corredor o comisionista como *"simple intermediario no es un mandatario. No tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio (...)"*

Por tanto, en palabras de la misma Corporación, bajo la regulación del Código de Comercio, la actividad del corredor *"(...) no es otra que la de poner en contacto, 'poner en relación', o acercar 'a dos o más personas', 'con el fin de que celebren un negocio comercial' (...)"*. El corredor, igualmente:

"(...) dicen las actas de la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Comercio (1958), 'toma la iniciativa del negocio y busca a los interesados a quienes proponérselo o insinuárselo, e, igualmente, relaciona a estos con todas las personas que pueden servir a los fines del negocio en proyecto'. La labor del corredor se encamina a facilitar

a las personas el acercamiento entre sí, la búsqueda, hallazgo y conclusión de los negocios, agregan las mismas actas”²

En cuanto al derecho a la remuneración, recientemente la Sala Civil de la Corte tuvo la oportunidad de precisar que

“salvo pacto en contrario, el corredor queda habilitado para reclamar el premio cuando los contactados materializan el acto por él gestionado. Es por eso que debe demostrar que este se dio gracias a su intermediación, pues solo así habrá certeza de que esa labor fue efectiva; para lo cual es preciso que haya identidad entre el acto promocionado y el realizado por los aproximados, lo que significa que debe evidenciarse una relación de causa a efecto entre su oficio y el vínculo jurídico concertado por los relacionados.”

El comisionista -a juicio de la Corte-, adquiere el derecho a ser retribuido por su labor si se dan los siguientes requisitos:

a) que el comitente haya solicitado o aceptado los servicios del intermediario para efectuar determinado negocio; b) que el corredor haya efectuado gestiones idóneas para el logro del encargo; c) que como consecuencia de las gestiones efectuadas por el corredor, se haya concluido el negocio con el comitente con el tercero, salvo revocación abusiva del encargo (cas. civ. sentencia de 13 de abril de 1955, LXXX, 13).³

3. Del contrato de mandato

A esta forma de intermediación se refiere el artículo 2142 del Código Civil, al decir que el mandato *“es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”*. A su vez, el artículo 1262 del Código de Comercio para definir dicho negocio jurídico, señala que el mandato mercantil *“es un contrato por*

² Casación Civil del 8 de agosto de 2000, expediente 5383. (M.P. Álvaro Fernando García Restrepo)

³ Citas hasta aquí de Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. *Sentencia SC008-2021 del 25 de enero de 2021*. Radicado 11001-31-03-019-2016-00293-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Se pueden consultar también sentencias CSJ SC 9 feb. 2011, rad. 2001-00900-01 y CSJ SC17005-2014.

el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra”.

Ahora bien, en una y otra hipótesis, es decir, sea que el mandato tenga por objeto la realización de actos mercantiles, o ya la ejecución de actos de cualquier otra especie, lo cierto es que conforme a los principios cardinales que gobiernan la materia en nuestro ordenamiento, bien puede acontecer que el mandatario actúe en representación del mandante, esto es, haciendo explícita ante los terceros con quienes contrata, la condición en que actúa, caso en el cual, subsecuentemente, compromete al mandante directamente frente a dichos contratantes; o también puede acontecer que, por razones de disímil temperamento, les oculte esa situación, lo cual se prevé en los artículos 2177 y 1162 de los Códigos Civil y de Comercio, respectivamente, y contrate con ellos como si el negocio fuese propio, hipótesis en la cual es incontestable que frente a dichos terceros, no implica derechamente al mandante, motivo por el cual a aquellos les está vedado accionar directamente contra éste, y viceversa.

4. De la carga de la prueba

Por regla general es al demandante a quien compete probar cada uno de los elementos atrás analizados, habida cuenta que así lo impone la regla de juzgamiento prevista por el artículo 167 del C.G.P, pues si bien por virtud del principio de comunidad de la prueba, esta se adquiere para el proceso, pudiendo entonces beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes, va ínsito allí que es la parte que no cumplió la respectiva carga quien debe soportar las consecuencias adversas de que la respectiva prueba no llegue al plenario. Sobre el particular viene al caso el siguiente pasaje doctrinal:

"no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que falte. (...) la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que constituye su objeto, porque en virtud del principio de la comunidad de la prueba, ésta surte todos sus efectos quienquiera que la haya suministrado o pedido, e inclusive si proviene de actividad oficiosa del juez. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda

satisfecha a cabalidad la carga, exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera suministrado. Al juez le basta para decidir en el fondo, sin recurrir a la regla de juicio contenida en la carga de la prueba, que en el proceso aparezca la prueba suficiente para su convicción, no importa de quién provenga. En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés en que tal hecho resulte probado o en evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte”.⁴

CASO CONCRETO

Precisión preliminar sobre la sustentación del recurso de apelación

Previo al abordaje de los reparos concretos, porque la parte no apelante lo cuestionó de manera insistente, se hace necesario precisar que en efecto el Tribunal adquirió competencia para resolver sobre la apelación porque Saxónica S.A.S cumplió con la carga de sustentación que le impone el artículo 14 del decreto 806 de 2020. Esto, muy a pesar de que el escrito que contiene los argumentos hubiese sido radicado ante el *a-quo* en el momento mismo en que se introdujeron los reparos concretos. Es que la apelante no sólo precisó los reparos que le hacía a la sentencia de primer grado, sino que los **sustentó** a través de una suficiente exposición escrita. Por tanto, declarar desierto el recurso porque en esta instancia simplemente “ratificó” lo ya dicho al introducir el recurso, sería actuar con exceso ritual manifiesto, como lo estimó la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia STC3043-2021 proferida dentro del trámite constitucional con radicado número 11001-02-03-000-2021-00652-00, al decantar:

"se advierte que el Tribunal censurado menospreció la sustentación expuesta contra la sentencia de primer grado, incurriendo en un defecto procedimental, por exceso ritual manifiesto, al declarar desierto el recurso de apelación formulado por los ahora accionantes, por cuanto no realizó un estudio del escrito que le fue presentado, limitándose a

⁴ Devis Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo I, pág. 484.

indicar que era el mismo allegado ante el fallador a-quo, por lo que no se encontraba habilitado para valorarlo, dejando de lado los motivos allí consignados.”

En consecuencia, más allá de que a la no apelante los reparos le parezcan más bien una confusión entre lo que constituyen estos y su sustentación, lo cierto es que en el momento procesal propio para manifestar los primeros, bien puede el apelante llevar a cabo lo segundo, porque la carga de sustentación bajo la vigencia del decreto 806 no propugna por la oralidad e innecesario se hace la comparecencia al Tribunal, ni más faltaba, como también la reiteración o desarrollo adicional de los reparos cuando ya se ha hecho de manera suficiente en la primera instancia.

Sobre el contrato celebrado por las partes (segundo reparo)

Según el hecho primero de la demanda el contrato entre las partes nació en “febrero de 2018” cuando Saxónica y Pablo Uribe Llano, por medio de Juan Alfredo Uribe Cardozo, supuestamente *“encargaron a Invercor S.A.S para que en nombre de aquellos negociara la venta de la totalidad de las acciones que los demandados eran titulares en CARTÓN DE COLOMBIA S.A, sociedad inscrita en el registro nacional de valores e intermediarios administrado por la Bolsa de Valores de Colombia S.A, por un precio que se adecuara razonablemente al valor de las acciones, puesto que la cotización de mercado no lo reflejaba en razón a su baja bursatilidad. El encargo estuvo acompañado de una asesoría y representación de los accionistas frente a la sociedad emisora y los otros accionistas, en especial, el controlante”* (sic fl. 4 archivo pdf 1).

La remuneración por la ejecución de ese “encargo”, afirmó la demandante en el hecho segundo, se pactó para los servicios de asesoría y representación en una suma fija *“de \$3.000.000 mensuales por concepto de honorarios y por el encargo de la enajenación de las acciones se acordó una remuneración equivalente al 3% sobre la diferencia entre el valor inicial de las acciones, entendido como el valor al que se había hecho la última negociación en la Bolsa de Valores al iniciar la asesoría, y su valor final de venta, que sería cancelado una vez se perfeccionara la negociación, conforme la propuesta del 8 de marzo de 2018 que fuera aceptada por los accionistas contratantes y ratificada por ellos mismos en virtud de las instrucciones que a la sociedad demandante emitieron*

a partir del 13 de marzo de 2018” (sic fl. 4 archivo 1. Negrillas fuera del texto original).

Ahora bien, para la Juez de primera instancia está probado que las partes celebraron un contrato de **corretaje**, con excepción del señor Juan Alfredo Uribe porque este actuó simplemente como representante legal de Saxónica. A esa conclusión arribó precisamente a partir de la oferta realizada por la demandante en correo del 8 de marzo de 2018 que fue aceptada por la apelante mediante esa misma vía el 13 de marzo siguiente. Sin embargo, a juicio de la Sala, esa calificación de la tipología contractual es absolutamente errada, comenzando porque antes del 8 de marzo de 2018 no se conoce comunicación escrita alguna cruzada entre las partes, es decir, no se sabe con certeza a qué solicitud de servicios responde la propuesta comercial que radicó Invercor a Saxónica en aquella fecha, por lo menos no se sabe con el estudio de los correos electrónicos aportados con la demanda.

Nótese que el correo del 8 de marzo de 2018 enviado por Eduardo Soto a Juan Alfredo Uribe (representantes legales de Invercor y Saxónica, respectivamente), punto de partida de la señora Juez de instancia para concluir la existencia del corretaje, es del siguiente tenor:

Apreciado Juan:

Le adjunto la propuesta que me ha enviado la firma de contadores que hemos usado varias veces para procesos de debida diligencia y consideramos hacen bien su trabajo. Respecto a los costos adicionalmente me enviaron lo siguiente:

Dr. Eduardo

La asignación de un profesional senior (Nelson Martinez) durante cinco días hábiles y mi supervisión como socio, y participando dos días en el sitio, \$8.500.000 más IVA (los costos de desplazamiento y hospedaje los cubre el cliente)

O la asignación de un profesional senior (Nelson Martinez) durante cinco días hábiles y mi supervisión como socio, sin participar en el sitio, \$6.500.000 más IVA (los costos de desplazamiento y hospedaje los cubre el cliente).

Saludos

Hilber A. Alfonso Castillo
Euroempresarial S.A.

Con respecto a nuestra asesoría en la revisión de la información obtenida en la debida diligencia, la evaluación financiera de los valores no representativos de mercado con relación a los negocios entre compañías del mismo grupo del accionista controlante en Cartón de Colombia, y la participación en la definición de la estrategia a seguir, nuestro honorario será de nueve millones de pesos (\$9.000.000) mas el IVA correspondiente, pagaderos 50% a la aprobación de nuestra propuesta y el saldo dentro de los 5 días siguientes a la entrega de nuestro informe de evaluación que se hará a mas tardar 10 días después de recibir el informe de debida diligencia.

Por el acompañamiento en el eventual proceso de negociación de las acciones de la familia Uribe en Cartón de Colombia se cobrará un honorario mensual, desde que se inicie una negociación, de tres millones de pesos (\$3.000.000) mas el IVA correspondiente, y una comisión de éxito del 3% sobre la diferencia entre el precio de la venta y \$5.530 que es la última cotización de la acción de Cartón de Colombia.

Quedamos a su disposición para aclarar cualquier inquietud que pueda tener sobre esta propuesta, para lo cual me puede contactar en el 786 2411332 en los Estados Unidos.

Varias cosas deben decirse de ese correo: primera, la parte superior contiene un mensaje de Hilber A. Alfonso Castillo, representante legal de Euroempresarial S.A, en el que responde a la cotización de un servicio de *due diligence* que Saxónica estaba interesada en llevar a cabo sobre Cartón de Colombia S.A. Así se prueba con los documentos exhibidos por Euroempresarial en el archivo 53 del expediente. La segunda, que la propuesta (nombre que encabeza el asunto del correo) realizada por Invercor a la demandada lo fue para "e/

acompañamiento en el eventual proceso de negociación de acciones de la familia Uribe en Cartón de Colombia”, en el marco del cual la parte demandante afirma haberse reunido con Álvaro José Henao, presidente de Cartón de Colombia para que él, supuestamente, le transmitiera la intención de venta de las acciones manifestada por Saxónica a Smurfit Kappa o sus subsidiarias Packaging Investments Holdings (“PIH”) y Packaging Investments Netherlands (“PIN”).

Luego, si en realidad Invercor hubiera actuado como corredor de Saxónica, y siendo el corretaje un contrato orientado esencialmente a la tarea de poner en relación a dos o más personas con el fin de que celebren un negocio comercial, para lo que normalmente se requiere del corredor la gestión, promoción, concertación, mediación o intermediación de negocios y búsqueda de posibles interesados, ¿qué lógica tiene pensar que Saxónica contrató a Invercor para que ofreciera las acciones a Smurfit Kappa o sus subsidiarias?, ¿por qué simplemente no las ofreció de manera directa? Razonar de la manera que lo hizo la demandante, y también la Juez *a-quo*, equivale a pensar que la vendedora tenía ya unos clientes a los que posiblemente interesaban las acciones, pero aun así contrató a un corredor para que simplemente les informara su intención de vender, es decir, contrató a un corredor por el 3% de comisión a cambio de que transmitiera un mensaje que perfectamente podía enviar de manera directa. Luego, ¿cuáles fueron las funciones que como corredor ejecutó Invercor?, ¿cuándo buscó clientes o promocionó el negocio?

La respuesta a esos interrogantes se encuentra en una conclusión absolutamente contraria a la que arribó la Juez, cual es que el contrato celebrado por las partes fue uno de **mandato**, pero con la nota especial de que la remuneración se haría mediante dos modalidades: remuneración fija mensual de \$3.000.000 por la asesoría en el proceso de enajenación y una comisión del 3% por la efectiva venta de las acciones, en cuya condición y forma de cálculo las partes no están de acuerdo.

No de otra manera se explican los hechos de la demanda atrás citados y los subsiguientes, porque en ellos Invercor afirma haber realizado todo tipo de gestiones orientadas a la venta de las acciones, tales como: i) reunirse con el presidente de Cartón de Colombia S.A, señor Álvaro José Henao, *"para expresarle el propósito de enajenar las acciones a favor del accionista*

controlante" (fl. 4 archivo 1, hecho 2.3 de la demanda); ii) asistir a las asambleas de Cartón de Colombia celebradas en marzo de 2018 y de 2019; iii) en general acompañar el proceso de enajenación de las acciones, antes y después de la OPA lanzada por Smurfit Kappa.

Esos son actos que dan cuenta de un contrato de mandato más que de un corretaje, porque incluso en el correo del 13 de marzo de 2018, del cual extractó la Juez la aceptación por parte de Saxónica del supuesto corretaje ofrecido por Invercor, brota que la primera labor que le correspondía a esta por cuenta de aquella en el marco del encargo apenas naciente, era asistir a la asamblea de Cartón de Colombia que se celebraría en marzo de 2018. Nótese que Juan Alfredo Uribe le escribió a Eduardo Soto lo siguiente

```
>>
>> Estimado Eduardo.
>>
>> Disfrutando mucho de los autos me imagino. Que bueno.
| >>
>> Hoy ya esta Carolina de Lewin and Wills , junto con una contadora en Cali.
>>
>> Espero que encuentren toda la información pertinente.
>>
>> Yo lo discutí con Diana y pensamos que seria mucho mejor si tu puedes atender la asamblea en cabeza de las acciones de mi hijo Pablo.
>>
>> Yo opino, que tu experiencia y olfato serian mucho mas útiles en este proceso que mi presencia.
>>
>> Me gusta mantener un perfil misterioso.
>>
>> Ya me andan buscando, pero no les voy a hablar hasta después de la asamblea or ahora.
>>
>> Esperando tus comentarios y me confirmas lo de tu viaje a Cali para ir separando los billetes aéreos. Ideal sería que coordinaras con Diana para asegurar que viajen juntos bien sea la manzana de la asamblea o la noche anterior.
>> Es mi preferencia la noche anterior, ya que he tenido varias experiencias de aeropuertos cerrados y t termina uno estresado y llegando tarde. No podemos tomar el riesgo de llegar tarde a esta asamblea. No van a estar esperando. O no?
>>
>> Un cordial saludo,
>>
>> JUAN URIBE.=
>>
>
```

Claro está que quien asiste a una asamblea en nombre y representación de un socio lo hace como mandatario o apoderado, no como corredor. Entre otras cosas, porque aceptando ambas partes que en efecto Eduardo Soto asistió en nombre de Saxónica a esas dos asambleas en Cartón de Colombia (marzo de 2018 y de 2019), claramente debió haberlo hecho prevalido del respectivo poder para actuar, habida cuenta que a voces del artículo 184 del Código de Comercio, modificado por el artículo 18 de la ley 222 de 1995, "(T)odo socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta de Socios o Asamblea mediante poder otorgado por escrito, en el que se indique el nombre del apoderado, la persona en quien éste puede sustituirlo, si es del caso, la fecha o época de la reunión o reuniones para las que se confiere y los demás requisitos que se señalen en los estatutos". Por lo anterior, claro, en el acta de la mentada asamblea de Cartón de Colombia se dejó constancia de que Eduardo Soto compareció como

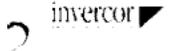
apoderado de Saxónica (fl. 128 archivo 01), misma calidad de la que se valió para asistir a la asamblea de marzo de 2019 (fl. 92 archivo 01).

Es más, el 3 de abril de 2018 el propio Eduardo Soto le envió a Juan Alfredo Uribe un "proyecto de carta" para enviarle al presidente de Cartón de Colombia con posterioridad a la asamblea de accionistas celebrada en marzo de ese año. En el texto de esa carta que redactó el propio Eduardo Soto para que fuera firmada por Juan Alfredo Uribe, se le agradeció al presidente de Cartón de Colombia la atención que le fue dispensada en la asamblea a los apoderados de Saxónica, señores Eduardo Soto y Diana Vaughan y, además, en representación de la sociedad apelante le manifestaba en esa carta formalmente la intención de vender las acciones, tarea para la cual solicitaron al señor Soto "adelantar el proceso". Puntualmente, la prueba documental es de la siguiente literalidad:

Eduardo Soto

De: Eduardo Soto <eduardo.soto@invercor.com>
Enviado el: martes, 3 de abril de 2018 12:09 p. m.
Para: 'Juan Uribe'
Asunto: Carta Dr. Henao
Datos adjuntos: Carta Dr. Henao.docx

Te mando un proyecto de carta para tu revisión. Por favor revisa si el número de acciones está bien.
 Saludos,

EDUARDO SOTO
 Presidente
 INVERCOR S.A.S.
 Tel (571)5309355


Los Angeles, Abril 3 de 2018

Doctor
 ALVARO JOSE HENAO RAMOS
 Presidente
 Cartón de Colombia S.A.
 Cali

Apreciado Doctor Henao:

Le agradezco la invitación que me hizo para visitarlos y conocer los procesos productivos, la actividad forestal y el área de responsabilidad social, pero por estar fuera de Colombia me es imposible hacerlo en el curso de este mes. Le agradezco también la atención que les prestaron en la Asamblea General de Accionistas a nuestros apoderados Diana Vaughan y Eduardo Soto.

Saxónica S.A.S, sociedad que represento y es propietaria de 2.307.058 acciones de Cartón de Colombia S.A., ha tomado la decisión de vender tales acciones, para lo cual hemos solicitado al Señor Eduardo Soto, Presidente de Invercor S.A.S., que adelante el proceso de venta.

Como queremos que la administración conozca nuestras intenciones y consideramos que Smurfit Kappa podría tener interés en adquirirlas, el señor Soto se estará comunicando con usted en los próximos días para concertar una reunión.

Atentamente,

JUAN ALFREDO URIBE
 Representante legal
 SAXÓNICA S.A.S.

Así las cosas, para la Sala está probado que Eduardo Soto asistió a la asamblea de accionistas y se acercó a Álvaro José Henao en calidad de **mandatario** de Saxónica, que no como corredor en la venta de las acciones. No en esa última calidad porque según el artículo 1340 del Código de Comercio, es corredor, precisamente, quien funge "*como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial,*

sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación” (negrillas fuera del texto original), y está claro que: i) Invercor no puso a Saxónica en contacto con Cartón de Colombia porque aquella era accionista de esta, más el negocio proyectado no tenía como posible cliente la propia sociedad emisora de las acciones sino la controlante o sus subsidiarias u otros accionistas minoritarios; y, ii) no pudo actuar la demandante como corredora porque con la sociedad demandada la unía una relación de mandato o representación, por virtud de la cual se desnaturaliza el objeto mismo del corretaje.

Sobre el incumplimiento contractual (todos los reparos restantes)

En este apartado la Sala ha decidido abordar la totalidad de los reparos restantes, en tanto que todos ellos se orientan a un solo objetivo: que la sentencia sea revocada porque la apelante afirma ser una contratante cumplida y, por tanto, no debían acogerse las pretensiones. Claro está que cada uno de los reparos tiene su propio contorno y profundidad, pero en conjunto sirven para fundar la apelación en cuanto a la ausencia de uno de los presupuestos axiológicos del remedio de cumplimiento contractual, el apartamiento del programa obligatorio por parte de la sociedad demandada, quien asegura haberse ajustado a él de manera estricta.

Ahora, en este punto cobra relevancia la respuesta que la Sala ha dado al segundo reparo y con ello al primer problema jurídico, porque a entender de la Juez entre las partes existía una relación de corretaje y de allí derivó ciertas conclusiones que le permitieron arribar a una decisión condenatoria. Más específicamente, la *a-quo* terminó condenando a Saxónica porque supuestamente había aceptado la propuesta de Invercor para actuar como corredora en la venta de las acciones que tenía para entonces en Cartón de Colombia, y como el negocio finalmente se llevó a cabo, esto es, las acciones fueron vendidas, según la Juez se activaba la obligación de pagar la comisión de éxito del 3% que las contratantes definieron desde la celebración del contrato.

En tal panorama, un problema jurídico que tiene muchísimas aristas a esta altura se reduce a determinar si: i) Saxónica encargó a Invercor vender las acciones que tenía en Cartón de Colombia a cualquier interesado, por encima

del valor de la última cotización en bolsa a corte de marzo de 2018 (\$5.530 por acción); ii) la mandante encargó vender las acciones exclusivamente a Smurfit Kappa o sus subsidiarias Packaging Investments Holdings ("PIH") y Packaging Investments Netherlands ("PIN") o a otros accionistas minoritarios, por cualquiera de los mecanismos previstos en la ley, incluida la OPA; y iii) la apelante encargó a la demandante vender las acciones que tenía en Cartón de Colombia a cualquier interesado, incluidos los accionistas minoritarios, la mayoritaria y sus subsidiarias, pero por fuera de una OPA y por encima de \$9.850 por acción.

De la respuesta a esas cuestiones depende la prosperidad de las pretensiones, habida cuenta que entendidas las cosas desde la simple óptica del corretaje, bien fácil era concluir que el negocio proyectado en efecto tuvo lugar y por ende Saxónica debe pagar la comisión, en tanto que ninguna de las partes negó que finalmente Smurfit Kappa compró 2.036.392 acciones de Saxónica S.A.S por valor de \$22.650.375.265,43, es decir, por un valor unitario de \$9.850.

Ahora, también está probado que esa venta se hizo en el marco de una Oferta Pública de Adquisición (OPA) lanzada por Smurfit Kappa y autorizada por la Superintendencia Financiera, según comunicado radicado con el consecutivo 2019034232-014-000 del 10 de abril de 2019. Así lo aceptan ambas partes y sobre ello no hay controversia. La verdadera diferencia está en las condiciones del encargo conferido a Invercor para la venta de las acciones, porque la apelante sostiene que sus instrucciones al respecto nunca contemplaron la venta de las acciones en la OPA de Smurfit Kappa por un valor unitario de \$9.850.

Para fundar sus reparos asegura la apelante que la sentencia de primera instancia obedece a una indebida valoración de la prueba documental, los testimonios de Álvaro José Henao y Diana Vaughan, los interrogatorios de Juan Alfredo Uribe Cardozo y de los representantes legales de Invercor y Saxónica.

Con respecto a la prueba documental se tiene que el reproche se vincula con la valoración de las piezas de esa naturaleza aportadas con la demanda, y en especial los siguientes correos electrónicos sobre los cuales versan puntuales

reproches del siguiente tenor que se toman textuales del escrito complementario de reparos concretos (archivo 66 pdf):

- 24 de mayo de 2018 (folio 37 del expediente físico) en el que Juan Alfredo Uribe le explicó a Eduardo Soto lo siguiente:

- Gorobetha es la sociedad matriz que controla a Saxónica (del family trust) y tiene inversiones en otros valores y en finca raíz en EEUU.
- Gorobetha es la única accionista de Saxónica en Colombia.
- Saxónica es a su vez accionista de Cartón de Colombia S.A., cuyas acciones están inscritas en la BVC.”

- El correo electrónico del 8 de marzo de 2018 (folio 20 del expediente físico), pues entendió que allí constaban todas las cláusulas y demás estipulaciones del contrato, sin tener en cuenta que el contrato celebrado se iba formando y transformando a medida que se impartían las instrucciones para su ejecución.

- El correo electrónico del 28 de marzo de 2018 enviado por Eduardo Soto a Juan Alfredo Uribe en el que le responde varias preguntas planteadas por Juan relacionadas con la eventual venta de las acciones de Saxónica en Cartón (folio 28 del expediente físico). Allí se explicó de forma genérica y a modo informativo las posibilidades para vender acciones que están inscritas en bolsa, ya fuere mediante una oferta de adquisición (OPA) por parte del comprador, o una oferta de venta por el vendedor, o negociación directa por el mercado, pero en todo caso a través de la bolsa. Desafortunadamente el Juzgado entendió que con esta sola mención a la OPA, esta se viabilizaba como una posibilidad válida para lograr la venta de las acciones, pero omitió la respuesta de Juan Alfredo Uribe a dicho correo, enviada el 29 de marzo de 2018 (folio 29 del expediente físico) en la que expresó textualmente “te llamo el lunes y retomamos estrategias” dando a entender con ello que estas eran apenas consideraciones preliminares y no era el encargo en sí mismo.

- Dejó de analizar los folios 34 a 39 del expediente físico. Allí el Despacho pasó por alto que el negocio realmente propuesto y mediado por Invercor fue la posible venta de las acciones que Saxónica tenía en Cartón de Colombia, a través de la venta de las acciones de la matriz y única titular de Saxónica: Gorobetha Ltd. Este escenario nunca se dio.

- Valoró inadecuadamente los correos electrónicos de agosto de 2018, especialmente el del 30 de agosto de 2018 obrante a folio 46 del expediente físico en los que constaban claramente los elementos esenciales e instrucciones del encargo, como por ejemplo, abstenerse de vender las acciones en un valor igual o inferior a los \$9.850 por acción, en la OPA que adelantaría Smurfit." (fls. 14-15 archivo 66)

Aunado a lo anterior, la apelante insiste en el **cuarto** reparo que

"el Juzgado fue supremamente riguroso al analizar la conducta de las partes, pero exclusivamente a la etapa inicial, marzo a abril de 2018, pero no analizó la conducta de las partes de ahí en adelante, donde claramente se evidencia que el señor Juan Alfredo Uribe rechazó y buscó alternativas para evitar la ocurrencia de la OPA. Si se hubiera analizado con el mismo umbral y con el mismo rigor probatorio, hubiera concluido que la OPA no era una opción deseable y que el contrato de mandato que se suscribió con Invercor se tenía que regir por esas instrucciones que se iban dando. Específicamente, es crucial, muy importante, el correo que consta a folio 58 en el cual se hablaba de la venta individual de las acciones y no mediante OPA. Folios 77 en adelante"

Pues bien, teniendo en cuenta que la relación entre las partes naturalmente no quedó vertida en un contrato escrito y, por el contrario, fue estructurándose a medida que avanzaba el proceso de venta de las acciones, la Sala estima que la mejor manera de abordar el asunto es desde lo temporal, esto es, a través del análisis de los documentos cruzados entre las partes, sus conversaciones y su conducta contractual general, desde que se tiene noticias de su relación: 8 de marzo de 2018. Todo ello, claro está, debe armonizarse con la prueba testimonial y los interrogatorios de cuya defectuosa valoración se queja Saxónica.

Al resolver el segundo reparo, la Sala pudo concluir que en efecto las partes celebraron un contrato de mandato, pero sobre las condiciones particulares no hubo acuerdo más que sobre el objeto: la venta de las acciones que Saxónica tenía en Cartón de Colombia. De cualquier modo, no hay duda de que el plurimencionado correo del 8 de marzo de 2018 en efecto encarna una oferta de mandato de Invercor hacia Saxónica, como quiera que según el artículo 2150 del Código Civil "*(E)l contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato*", de lo cual se sigue que no es ese correo necesariamente el único documento que compone las condiciones del mandato, porque se sabe que la respuesta a este fue llevada a cabo por Juan Alfredo Uribe en escrito fechado el 13 de marzo de ese año, en el que simplemente ordenó que Eduardo Soto asistiera a la asamblea de Cartón de Colombia.

Luego, si se quiere, Saxónica aquel 13 de marzo pactó apenas una obligación en el marco del mandato: pagar la suma de \$3.000.000 mensuales por la asesoría que le debía prestar Invercor en la venta de las acciones, quien como primer acto dentro del programa obligacional a su cargo debía asistir a la asamblea de la sociedad emisora de las acciones. Por tanto, le asiste razón a la apelante en cuanto a que el contrato entre las partes, en tanto verbal, se fue integrando de diferentes disposiciones, órdenes, instrucciones y obligaciones que fueron adquiriendo las partes a lo largo de la ejecución del proceso de venta de las acciones.

Realmente concluir que todas las obligaciones del contrato entre las partes quedaron contenidas en ese correo del 8 de marzo de 2018, es desconocer los mismos hechos de la demanda, pues en libelo se afirmó que las "*partes tenían claro que la enajenación de las acciones se podría hacer de diferentes maneras, considerando que las mismas se encontraban inscritas en el registro nacional de valores e intermediarios y se negociaban a través de la Bolsa de Valores de Colombia, lo cual comprendía la posibilidad de una Oferta Pública de Acciones que hiciera el accionista controlante*" (fl. 4 archivo 01 hecho 4 de la demanda).

Sobre esa afirmación de la demanda, vale la pena precisar varias cosas:

i) las partes no podían estar considerando como opción de venta una OPA de Smurfit Kappa o sus subsidiarias, porque ello apenas ocurrió en abril de 2019 y el primer acercamiento entre Invercor y Saxónica ocurrió en marzo de 2018;

ii) la OPA es una posibilidad real en cualquier escenario, porque como tal se entiende cualquier oferta que *"se dirija a personas no determinadas o a cien o más personas determinadas, con el fin de suscribir, enajenar o adquirir documentos emitidos en serie o en masa, que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de participación y de tradición o representativos de mercancías"* (artículo 6.1.1.1 decreto 2555 de 2010); y

iii) de ser cierto que Saxónica contempló la OPA como una posibilidad razonable para la venta de su participación accionaria, lo fue naturalmente luego de lanzada por Smurfit Kappa y aprobada por la Superfinanciera, lo cual en todo caso no obedeció a la labor "exitosa" que quiere atribuirse Invercor, porque obviamente la OPA fue muy posterior al inicio del encargo, amén que obedeció a una decisión de alta gerencia tomada por los directivos de Smurfit Kappa en Dublín - Irlanda - el 10 de marzo de 2019 (archivo pdf 19 anexo V OPA). Pensar en que Invercor estuvo asesorando a Saxónica sobre el manejo de la OPA antes de su efectivo lanzamiento por parte de la casa matriz, es francamente ilógico.

Nótese que Invercor el 28 de marzo de 2018, mediante correo electrónico, le respondió a Saxónica dos inquietudes que interesan para estos efectos: en primer lugar, le indicó que estudiaría los impactos tributarios de vender las acciones que una sociedad llamada Gorobetha tenía en Saxónica, para por esa vía, indirectamente, vender las acciones que Saxónica tenía en Cartón de Colombia. Por otro lado, Invercor explicó a la apelante que en el caso de vender las acciones de manera directa, la transacción debía hacerse por medio de la Bolsa de Valores por tratarse de una sociedad que cotiza sus acciones en esta (fl. 28 archivo 01).

Sin embargo, la valoración de la Juez de lo que en la demanda se llamó "varias posibilidades para la enajenación" realmente se quedó corta, básicamente

porque sólo la miró en cuanto a que en ese correo se mencionó la palabra "OPA", pero todo lo demás fue cercenado si se repara que apenas el 28 de marzo Juan Alfredo Uribe simplemente contestó *"te llamo el lunes y retomamos estrategias"* (fl. 34 archivo 1), de ninguna manera se resignó a vender las acciones a cualquier precio y por medio de una OPA. Los correos electrónicos cruzados entre las partes son bastante ilustrativos sobre los verdaderos fines del encargo, según pasa la Sala a explicar.

El tema de la venta de Gorobetha para lograr la enajenación indirecta de las acciones fue prácticamente inexplorado por la Juez, muy a pesar de que ya en el correo electrónico del 24 de mayo de 2018 (folio 43 pdf 01), Juan Alfredo Uribe le explicó a Eduardo Soto que Gorobetha era la sociedad matriz que controlaba para entonces a Saxónica (del family trust), tenía inversiones en otros valores y en finca raíz en Estados Unidos, amén que era la única accionista de Saxónica en Colombia, quien a su vez tenía participación accionaria en Cartón de Colombia. Todo eso lo aclaró el señor Uribe porque a juicio de Saxónica la transacción así planteada era una buena opción desde lo tributario y podía generarle un mejor precio por acción, tanto como que en correo del 25 de mayo Eduardo Soto le respondió al respecto lo siguiente:

Eduardo Soto

Dc: Eduardo Soto <cduardo.soto@invercor.com>
Enviado el: viernes, 25 de mayo de 2018 10:44 a. m.
Para: 'Juan Uribe'
Asunto: RE: GOROBETHA LTD

Conversé con Alvaro José para definirle que la negociación tendría que ser la venta del 100% de Gorobetha cuyo único activo serían las acciones de Saxónica S.A.S. que a su vez tendría solo dos activos, las acciones de Cartón y el lote de Barichara. Sobre este último tendría que acordarse un documento para garantizar el traspaso posterior a quién tu designes. La respuesta fue muy positiva pues considera que este mecanismo es viable y no le origina problemas. Sin embargo como Smurfit está en las conversaciones con International Paper no habrá decisiones por el momento, espera que en junio se defina algún resultado. Le estoy enviando el certificado de Good standing pues quedámos de seguir adelantando los pasos necesarios.

Después de la conversación y pensando en las dificultades de la negociación de 2 compañías y la debida diligencia que seguramente requerirán, y eventuales cubrimientos de contingencias, he pensado si un camino pudiera ser venderles Gorobetha tal como esta descrito en el párrafo anterior y después de un determinado tiempo volverla a comprar pero una vez ellos hayan sacado del activo las acciones de Cartón, para lo cual me gustaría me autorices a consultar con Emilio Wills sobre estas ideas.

Saludos,

EDUARDO SOTO
 Presidente
 INVERCOR S.A.S.
 Tel (571)5309355


De ahí en más hablaron en varias ocasiones sobre la operación vinculada con Gorobetha, puesto que el presidente de Cartón de Colombia estimaba necesario que esa sociedad tuviera otro activo diferente al de las acciones, en réplica a lo cual Saxónica respondió oportunamente que esa sociedad era propietaria, entre otros, de un lote llamado Arallanes.

Ahora, recuérdese que fueron dos ofertas las que hizo Invercor a Saxónica: i) acompañamiento en el eventual proceso de negociación de las acciones; y ii)

una comisión de éxito del 3% sobre la diferencia entre el precio de la venta y \$5.530 que es la última cotización de la acción de Cartón de Colombia. Sin embargo, como ya se analizó, sólo en cuanto al mandato o acompañamiento para la venta de las acciones en efecto Saxónica manifestó su asentimiento al conferir poder a Eduardo Soto para las asambleas de accionistas del emisor, y también obran en el expediente las constancias del pago mensual por ese servicio. Por el contrario, las condiciones para el pago de la prima de "éxito" en realidad entre las partes nunca se definió siquiera en qué consistía una gestión exitosa y remunerable por esa comisión.

Al respecto, valga decir que la regla contenida en el artículo 854 del Código de Comercio es del siguiente tenor: "*(L)a aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso*". Ergo, la aceptación tácita de la oferta de asesoría no está en discusión, pero la relativa a la comisión de éxito por la venta, en realidad se difirió en el tiempo y se sujetó a ciertas condiciones que iban surgiendo a medida que iba avanzando el proceso de negociación de las acciones.

Es que aceptar que el contrato entre las partes se condensó en apenas ese correo del 8 de marzo de 2018 y en la simple orden del 13 de marzo siguiente, en la que a Eduardo Soto se le instruyó para que asistiera a la asamblea de Cartón de Colombia, sería desconocer la naturaleza consensual del mandato discutido y la formación de su contenido, que respondía a las necesidades de negociación, en un mundo tan cambiante como el de las acciones que en su momento tenía una nota especial por estar enfrentando una transacción en la que Smurfit Kappa quería tomar mayor control sobre la sociedad emisora.

A esta altura conviene hacer especial alusión al **séptimo** reparo en el que se le cuestiona a la Juez un indebido manejo de la carga probatoria, como quiera que a juicio de la apelante debía Invercor probar con certeza que su gestión fue la que llevó a la materialización del negocio y, claro, también le correspondía probar que habían tenido lugar los supuestos que activaban para Saxónica la obligación de pagar la "comisión de éxito". Francamente, al respecto, la *a-quo* concluyó que era Saxónica quien debía probar que las

partes no habían pactado como condición para el éxito del mandato la venta de las acciones por debajo del precio finalmente pagado por Smurfit Kappa, esto es, \$9.850. Con ese razonamiento desconoció el contenido del artículo 167 del C.G.P en tanto que era Invercor quien debía probar que en efecto: i) había cumplido con el encargo encomendado bajo las instrucciones de la mandataria; y ii) que había cumplido las condiciones para hacerse acreedora de la comisión de éxito. En otras palabras, resulta inadecuado sostener que es la parte demandada la que debe probar que las afirmaciones de la demandante no son ciertas, lo cual ocurre solamente cuando se trata de hechos notorios y afirmaciones o negaciones indefinidas. Por el contrario, en un caso que guarda proporciones con el presente, la Sala Civil de la Corte al estudiar un recurso de casación presentado por una firma de abogados en contra de una entidad bancaria, en el que precisamente solicitaba el reconocimiento de una prima de éxito por las resultas de un litigio, consideró lo siguiente después de analizar las pruebas:

"(E)n conclusión, ninguna de las pruebas permitía inferir que se cumplieron los requisitos acordados para que se produjera el pago de los honorarios o comisión de éxito pactada. No se desvirtuó la negación de la demandada que sostuvo que -no se recuperó ni se recaudó ningún valor para el Banco por las mencionadas contingencias ocultas-"¹⁵

Es decir, habiendo Saxónica negado que las condiciones de la comisión de éxito en efecto habían ocurrido, mal se hace en simplemente aceptar que la parte demandante con la sola afirmación ya había probado todo al respecto, pues claramente nadie puede fabricar su propia prueba. Además, se insiste, es el correo del 8 de marzo de 2018 la fuente o apoyo de la decisión de primer grado en este punto, pero lo cierto es que sobre esa precisa condición del contrato no se produjo una simple y llana aceptación por parte de la apelante.

Por el contrario, las reglas de la remuneración en estos casos se encuentran en el artículo 2143 del Código Civil, a cuyas voces *"(E)l mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, **antes o después del contrato, por la ley o por el juez"***

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. *Sentencia del 19 de diciembre de 2018*. Rad. 01001-31-03-001-2012-00150-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

(negrillas fuera del texto original). Entonces, no es cierto, como lo sostuvo la señora Juez, que ningún camino diferente al de aceptar o rechazar la oferta le quedaba a Saxónica después de recibido ese correo del 8 de marzo de 2018, porque perfectamente podía simplemente conferir un encargo parcial, como en efecto lo hizo para la asesoría y acompañamiento en la venta de las acciones, reservándose el derecho de fijar en un futuro condiciones para la remuneración que a Invercor correspondería en una eventual transacción accionaria.

Pero resalta la Sala que Saxónica e Invercor pactaron una comisión por la realización de un negocio "exitoso" y es aquí donde la *a-quo* confundió el concepto de éxito que tenía en su imaginario Invercor, el íntimo que conservó Saxónica y el que finalmente podía o no predicarse de la transacción final, según se viera desde la perspectiva de una u otra sociedad. En todo caso, la propia demandante aceptó en el hecho primero del libelo que las acciones de Cartón de Colombia tenían una baja bursatilidad y no reflejaban el valor real de la compañía, razón por la cual Saxónica, con Juan Alfredo Uribe en su dirección como hombre prudente de negocios, decidió analizar la posibilidad de vender su participación para lo que contrató un negocio previo de *due diligence*, en vista de que algunos asuntos financieros no terminaban de convencerle.

En adición, transitando ya por el camino bien espinoso que supuso la venta de las acciones, tanto Eduardo Soto como Juan Alfredo Uribe se detuvieron a pensar que a Cartón de Colombia la tenían "endeudada" con un préstamo de \$250.000.000.000 a favor de la sociedad controlante del que Saxónica sabía desde 2008, lo cual identificaron como una de las causas principales de la baja bursatilidad y así se lo hicieron saber a Álvaro José Henao, presidente de la sociedad emisora, en una carta escrita por el señor Uribe y finalmente corregida por el señor Soto, en la cual se expresó lo siguiente (fl. 60 pdf 1):

Pero el punto clave aquí es el préstamo que a diciembre de 2017 valía cerca de 250 mil millones de pesos y que lleva muchos años beneficiando a Smurfit Irlanda, que ha gozado de unos fondos de muy largo plazo en condiciones económicas muy benévolas para el accionista deudor, perjudicando a todos los demás accionistas minoritarios de Cartón de Colombia. Este exceso de liquidez se ha generado gracias al bajo reparto de dividendos a los accionistas y el consiguiente perjuicio en sus ingresos, así como su efecto en el bajo precio de la acción de Cartón de Colombia.

Analizadas las implicaciones de ese empréstito, Eduardo Soto envió un correo a Juan Alfredo Uribe el 21 de enero de 2019 (fl. 68 archivo 01) en el que explicó *"el demérito que para Cartón ha implicado el crédito de Smurfit"* (texto de un correo anterior enviado por Eduardo Soto el 14 de enero de 2019). De hecho, fue a partir de esa fecha que comenzó a tomar mayor fuerza la opción de "vender a Gorobetha", e incluso después de una reunión que sostuvieron los representantes legales de las sociedades aquí trabas con "el jurídico" de Cartón de Colombia el 21 de febrero de 2019, Juan Alfredo Uribe detalló en un correo los activos a nombre de Gorobetha y la procedencia de la transacción, manifestando que se sentía muy *"contento con la conversada de hoy"* porque *"creo que psicológicamente se cumplió el objetivo. Se fueron rascándose la cabeza"* (fl. 72 archivo 1).

El propio representante legal de Invercor nunca compartió la idea de que \$9.850 por acción fuera un buen precio, pues lo llamaba "relativamente barato" y, por tanto, ninguna lógica tiene pensar que a su juicio de experto cualquier precio por encima de \$5.530 lo fuera, ni siquiera él consideraba que una transacción por ese precio fuera "exitosa".

Llegó ya el 18 de marzo de 2019 y mediante una publicación en prensa Eduardo Soto se enteró sobre unos acuerdos a los que estaba llegando Smurfit Kappa con algunos accionistas minoritarios y apenas días después, el 10 de abril de 2019, la Superintendencia Financiera aprobó la OPA lanzada por esa casa matriz. Lo sucedido de ahí en adelante, en cuanto a la prueba documental y al comportamiento de las partes, en realidad fue totalmente desatendido por la *a-quo*, quien cerró su visión para enfocarla en un corretaje y la supuesta comisión que merece el corredor una vez se concreta el negocio, con independencia de la forma en que ello suceda.

La Sala advierte que a partir de esa fecha Saxónica intensificó su campaña para oponerse a la OPA: contactó abogados especialistas, sostuvo reuniones con otros accionistas minoritarios y, en sus propios términos, "envió todo tipo de mensajes subliminales y sustos elegantes" para que la misma no se concretara, en tanto a su juicio se trataba de una toma hostil que desconocía el verdadero estado de Cartón de Colombia. El 6 de abril de 2019 (fl. 81 archivo 1) Juan Alfredo Uribe escribió nuevamente a Eduardo Soto y a Diana

Vaughan diciéndoles que había estudiado la propuesta del “abogado De Esguerra” con respecto a una posible oposición a la OPA, y puntualmente dijo:

hola A LOS DOS.

LeEi la propuesta del Abogado De Esguerra.

Cobra 13 millones de pesos.

me pareció demasiado elaborada.

Yo solo quiero que en menos de una hora me expliquen si tengo un caso para seguir adelante o parar este proceso.

Seria una pena yo pagar ese dinero para que me digan que no hay caso.

Que otra manera hay para conseguir este objetivo.

Lo que yo busco es una opinion. Simple y Clara. Go ahead or stop?

Espero comentarios

JUAN URIBE=

A ese correo el señor Soto respondió “*entiendo tu razonamiento hablaré con Diana y procederemos*”, más el representante legal de Saxónica el 11 de abril de 2019 insistió en lo siguiente (fl. 82 archivo 1):

Hola Eduardo y Diana

He pensado mucho lo de la carta a la superintendencia. Siento que es un deber por lo menos reportar todo lo que hemos encontrado.

Si el efecto es prolongar la OPA . pues que se prolongue.

Si la estrategia a largo plazo es volverme incomodo, aun quedándome con un mínimo de acciones, es importante mostrar los dientes desde ya.

Quisiera ver si entre todos podríamos redactar una carta a la superintendencia listando todos los wrong/doings que hemos encontrado. Ya verán ellos que hacen.

Considero que debemos enviar la carta en la mayor brevedad posible. Antes que salga la OPA oficial.

Considero que la carta debe llevar un tono de víctima pero sin ser acusatoria.

Quedo atento a sus inquietudes.

Cordial saludo,

JUAN URIBE=

En palabras concretas consideró incluso dejar a Saxónica como “accionista incómoda”, por lo cual sostener que para la demandada vender por medio de la OPA “siempre fue una opción” es ir en contra de lo que la prueba sugiere en su sentido más natural y obvio, incluso porque el representante legal de Invercor en su interrogatorio desdijo de la posición tomada en la demanda. Vale la pena citar lo que dijo ante la primera pregunta de la Juez, en la que le requirió una “versión libre de lo sucedido”, para de allí extractar conclusiones fundamentales:

"en marzo del 2018 fui contactado por Lewin & Wills firma abogados, ... un clientes se les habían aproximado para buscar una asesoría para la venta de unas acciones ... efectivamente tuvimos una reunión en la

oficina, conocí al señor Juan Uribe y manifestó que era accionista en Cartón de Colombia ... sentía que lo estaban maltratando como accionistas minoritario ... que él quería vender porque quería hacer una inversión en el exterior, pero que él no estaba dispuesto a vender al precio que cotizaba en bolsa ... entonces, por eso quería que se hiciera un trabajo que su propósito era vender las acciones en Cartón de Colombia, **pero sin que determinara él el precio al que se querían vender. En esa reunión le planteamos que una estrategia sería la de volverse un accionista incómodo ... eso ayudaría a que se despertara por parte del accionista controlante, quien pensábamos que era el más posible comprador dado que Smurfit Kappa poseía un altísimo porcentaje de la compañía y las acciones eran de muy baja bursatilidad.**

Yo le hice una propuesta que era un honorario inicial por definir la estrategia y ... unos honorarios mensuales durante el período en que estuvieran negociando con quienes fuera el caso... y una comisión de éxito al final del proceso si se lograba la venta de las acciones, es la forma en que acostumbramos cobrar, son honorarios muy razonables y normalmente una comisión de éxito al culminar nuestra gestión que se relaciona siempre con el valor de la negociación. **En este caso mi propuesta de la comisión de éxito fue basada en que yo cobraría únicamente por lo que estuviera por encima del precio que en ese momento cotizaba en bolsa ...** que ya le mencioné ... se hizo la visita a la compañía por parte de Euroempresarial y dos abogados y ellos entregaron un informe, de ese informe hicimos unos análisis que nos llevaron a proponerle una carta que dirigió el señor Juan Uribe al ... presidente de Cartón de Colombia, en la cual se detallan los aspectos que nos parecieron relevantes. Adicional a eso, recomendamos que sería conveniente asistir a la asamblea ... Fuimos a la asamblea, hicimos una serie de preguntas ... al final se nos acercó el presidente y nos dijo que quería que Juan Uribe fuera a la empresa ... hasta ahí llegó.

Después de eso también reiteró la invitación, el señor Juan Uribe envió una carta a principios de abril en la cual le dice que me ha designado como el encargado para tramitar esa venta de las acciones ... considera

él que Smurfit Kappa debería ser un interesado en la compra de las acciones, ya la habíamos dicho que era el más posible comprador (...) entonces consecuencia de esa carta que le envió Juan Uribe designándome como representante, tuvimos unas conversaciones con el señor Álvaro José que queríamos vender, me dijo que sí, que ellos en algún momento habían pensado en hacer una Oferta Pública ... habíamos analizado las posibilidades para vender las acciones, había tres: desde el principio era claro que la ley no permitía la venta sino a través de la Bolsa de Valores., sólo había dos posibilidades: una negociación mediante la cual se ofrecen las acciones o la otra una Oferta Pública de Adquisición o una Oferta Pública de venta, perdón , son tres. La primera de esas opciones tenía un grave inconveniente y es que si Smurfit Kappa sólo puede comprar el 5% de las acciones en circulación durante un año ... el mecanismo que sí aseguraría la venta sería la Oferta Pública de Compra ...

Dado que existía esa situación ... estuvimos hablando con Álvaro José Henao, que se había considerado era la persona adecuada para ... investigar si Smurfit Kappa quería comprar ..., dado que esas acciones eran de una sociedad, que podría pensar en que se comprara la sociedad, para que no tuviera que hacerse la operación por bolsa ... entonces Juan nos comentó que Saxónica era de una sociedad matriz que se llama Gorobetha y que se podría estudiar esa venta, estuvimos adelantando esas posibilidades y ellos resolvieron que ese no era un camino adecuado ... en el mes de agosto tuve una reunión con Álvaro José Henao en mi oficina, me informó que Smurfit Kappa estaba pensando hacer una OPA que se pagaría con acciones de Smurfit Kappa ... hicimos unos análisis y le dimos una respuesta que ese precio nos parecía muy barato, que considerábamos que debería haber un precio más alto ... y que en principio no había interés de vender a ese precio.

*Pasó el tiempo sin que sucediera nada adicional. Hasta que Smurfit Kappa presentó la Oferta Pública de Compra de acciones ... **hicimos unas visitas a los accionistas minoritarios ... con miras a explicarles que deberíamos buscar unirnos para conseguir un***

precio del que se estaba hablando de \$9.850 pesos y la realidad es que no hubo mucho en que nos acompañaran a tener una posición fuerte... vino entonces ya la presentación de la Oferta Pública ... que estuvimos analizando en detalle con Juan Uribe de qué camino seguir ante esa oferta y básicamente planteamos tres alternativas: no vender y esperarse a ver qué pasaba, alternativa que ... no nos interesaba y es que pues un accionista que quedara con únicamente el 2% sería un accionista que no tendría mayores oportunidades ... una segunda era irse a tratar de tumbar la Oferta Pública ... presentaba varios riesgos, cualquier cosa demoraría una venta ... dado que la razón de ser del trabajo que se estaba haciendo era vender las acciones ... y el tercero era vender, pero le recomendamos que se quedara con unas pocas acciones ... esta última fue la estrategia que se definió y que cumplía con el propósito de Juan Uribe, pero sin embargo sí tomamos una decisión y es asistir en la asamblea del año 2019 ... hasta ahí llegaron las negociaciones y ya después vino el proceso de cumplir con la venta ... para venderlas en la OPA, para eso también le colaboré en conseguir un comisionista de Bolsa, Davivienda corredores y ahí recibió los fondos.

Terminado eso, le mandé la factura por el 3% de la diferencia y él se negó a pagarla ... él siempre supo que si había una OPA todos los accionistas podrían vender a ese precio ... él lo tuvo claro ... la mayoría de las conversaciones eran verbales, fundamentalmente hablábamos telefónicamente (...) **yo hice vueltas con varios fondos de inversión con varios posibles compradores y no encontré eco porque todos manifestaban que una compañía tan cerrada, con tan baja liquidez no era atractiva para hacer ninguna inversión.**"(min. 1:14:10)

Fundamentalmente la Sala concluye que en los primeros acercamientos entre Saxónica e Invercor, Juan Alfredo Uribe **nunca manifestó a qué precio pretendía vender las acciones**, así lo confesó Eduardo Soto. Por tanto, afirmar que el pacto entre las partes sobre la prima de éxito partía de "cualquier precio superior al de la cotización en bolsa" es una afirmación de la demandante, cuya aceptación por parte de Saxónica debía probar porque en aquel correo del 8 de marzo de 2018 apenas se hizo una "propuesta" que

no tuvo aceptación expresa o tácita. Por otro lado, no resulta nada lógico pensar que comerciantes tan versados como los que entonces dirigían la apelante buscaran a Invercor para llevar a buen término la venta de la participación accionaria, supuestamente aceptando que la transacción se hiciera en el marco de una OPA.

No es lógico pensar así, porque para vender en una OPA sólo se requiere manifestar la aceptación ante los comisionistas designados en el cuadernillo aprobado por la Superintendencia Financiera, más no se requiere la búsqueda del cliente, la gestión o promoción del negocio y los trámites normales de una venta ofrecida. Por el contrario, en estos casos es el comprador el que acude en busca del posible vendedor, y en esa dinámica especial difícilmente tiene lugar un mandatario con promesa de una considerable remuneración. Incluso, la testigo Diana Vaughan, experta en estos temas, aclaró que en las circunstancias en que se encontraba Saxónica la propuesta de Smurfit Kappa era prácticamente de respuesta obligada, dijo: "*claro, la OPA es así, es tomen o dejen*" (min. 24:30)

Por otra parte, Eduardo Soto estaba consciente de un par de misiones particulares de su encargo: i) concretar la venta de las acciones a través de la venta de Gorobetha como sociedad; y ii) buscar o la venta a otros accionistas minoritarios o el apoyo de estos para presionar un alza en el precio ofrecido planteado por Smurfit Kappa. Ninguna de esas dos gestiones tuvo un final exitoso y, por tanto, lo que el demandante llama "éxito" como habilitante de la supuesta comisión pactada obedece más a su criterio o mirada personal sobre el asunto, que a lo acordado con la apelante para quien "exitosa" era una operación en otros términos, para cuyo buen cierre decidió contratar a Invercor sin obtener los resultados deseados, debido a que la sociedad controlante tenía ya una decisión tomada al respecto y el completo poder de imponerla a los minoritarios.

El señor Álvaro José Henao, presidente de Cartón de Colombia, explicó con suficiencia la situación al precisar que desde "siempre" Smurfit Kappa había estado interesada en lograr un mayor control de esa sociedad, pero en algún punto el análisis de la transacción se detuvo por una intención de compra que sobre la propia Smurfit Kappa manifestó International Paper en la bolsa de Londres. Sin embargo, dijo en su testimonio que

*"Una vez eso se resolvió (no se vendió Smurfit Kappa) le informé a Eduardo que podíamos retomar el tema me una a reunir con los altos funcionarios de la compañía y les iba a transmitir el interés del señor Uribe y así lo hice... Al regreso le informé que estaba interesado, pero en \$9.850 y que el grupo estaba pensando que ese precio de pronto no era sólo para él, sino para otro accionista que estuviera interesado ... **posteriormente me dijo que no aceptaba porque pensaba que debía ser más alto ... yo le dije que \$9.850 era el precio... ya después a principios del año 2019 el grupo empezó a contactar otros minoritarios y avisó que estaba interesado en hacer una OPA ... a \$9.850. El señor Soto vino a la asamblea del año 2019, hizo unas objeciones... y hasta ahí fue digamos las conversaciones directas con el señor Soto. El señor Soto contactó a otros funcionarios de la compañía para decirles que estaban en desacuerdo con los \$9.850 y que si había posibilidad... le dijeron que el precio ya no era negociable** (min. 20:30)*

(...)

esa fue una decisión que el grupo Smurfit Kappa... los altos directivos revisaron y ... consideraban que era un precio justo" (min. 24:30)

En consecuencia, no tiene sustento alguno la afirmación según la cual Eduardo Soto y Juan Uribe supuestamente pactaron en nombre de Invercor y Saxónica una prima de éxito por la venta de las acciones, que se causaba con la transacción por cualquier precio superior al de la cotización en bolsa (\$5.530) cuando desde antes del lanzamiento de la OPA, una vez Álvaro José Henao trajo ese precio como noticia central de su reunión con los directivos de Smurfit Kappa en México, Saxónica manifestó su inconformidad con el mismo y transmitió la instrucción a Invercor de que elevara nota de protesta al respecto.

Ni siquiera puede sostenerse, aunque en este punto es irrelevante, que la OPA misma o el precio de la acción allí definida fuera un logro de Invercor, porque Álvaro José Henao aclaró que la manifestación de interés por parte de Saxónica o las gestiones de Invercor no fueron las causas únicas para que ello sucediera, tanto como que

"pues el hecho de que ellos hubieran venido, obviamente llevó al grupo a que hiciera un análisis financiero ... no se hubiera hecho la propuesta... digamos que el grupo en ese momento, cuando alguien se acercaba se compraba por el valor que estaba en bolsa, pero no eran poquitas acciones ... decisión que en ese caso era más importante presentar un precio que fuera por encima del a bolsa"(min. 28:10)

Sin embargo, la Juez sólo valoró el aparte que acaba de citarse y de tajo cercenó el restante mérito de la prueba testimonial, debido a que el señor presidente de Cartón de Colombia ante la insistencia de los abogados que lo interrogaron aclaró que *"una vez se vio que había interés de las minorías ... la compañía dijo pues aprovechemos"*(min. 31:00), es decir, cuando Eduardo Soto fue nombrado por la apelante para gestionar la venta de las acciones no es que Smurfit Kappa hubiera puesto en marcha un plan diferente. Aseguró el testigo lo siguiente:

"pues la verdad no le puedo decir eso (que la OPA o el precio fue producto de la gestión de Invercor), porque pues eso no fue parte digamos de la secuencia de lo que ocurrió, lo que si puede decir es que el grupo siempre había estado abierto a comprar, lo que ocurrió es que cuando se dio el interés de un accionista en vender ... otros accionistas siempre habían expresado una intención de vender ... para el grupo lo más razonable era hacerlo a través de una OPA ... Carvajal (por ejemplo) (min. 45:00)

(...)

yo no puedo decir específicamente que la transacción sea debido a Invercor ... pues a raíz del interés que mostraron en la venta de las acciones y se conjugaron otras acciones ... se lanzó la OPA" (min. 53:00)

Es más, el señor Henao declaró que con otros accionistas se hicieron ciertos acercamientos que nunca tuvieron lugar con Saxónica, debido a que Smurfit Kappa ya sabía de antemano que esa sociedad *"nunca estuvo de acuerdo en el precio de los \$9.850"* (min. 49:00), por cuanto *"ese precio no se*

correspondía con las aspiraciones de Saxónica ... siempre lo expresó Eduardo Soto y el señor Uribe" (min. 50:00).

Por lo demás, Diana Vaughan, quien fungió como asesora jurídica de Saxónica en la operación, sobre las relaciones de esta con Invercor señaló que *"conozco de la relación comercial ... no tengo detalles del negocio o del acuerdo entre ellos económico"* (min. 06:40), *"tengo entendido porque Eduardo me lo dijo, unos honorarios fijos y una comisión de éxito, pero no conozco los detalles de la negociación"* (min. 08:30), más a pregunta sobre si le constaba la sujeción de ese pacto a alguna condición respondió: *"no sé ningún detalle, supongo que sí, pero no lo sé"* (min. 09:15). En consecuencia, aunque sobre muchas otros puntos declaró, y de hecho en esta declaración la Juez fundó la causación de una remuneración para Invercor como "corredora", la verdad es que nada aporta de cara al supuesto pacto de la comisión de éxito.

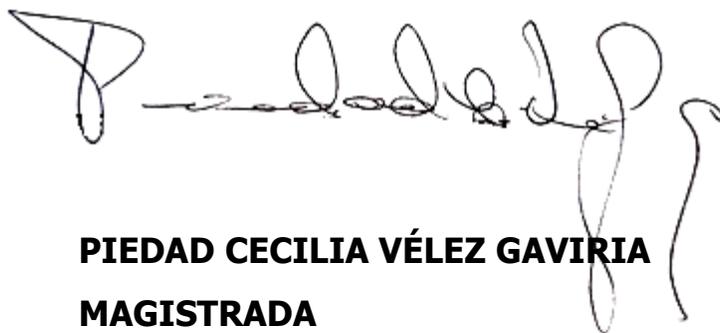
CONCLUSIÓN

No probó la parte demandante los supuestos de hecho en que basó sus pretensiones, tanto principales como subsidiarias, porque en ambos escenarios el incumplimiento contractual reprochado tuvo por base la falta de pago de una comisión de éxito, que supuestamente pactó con Saxónica para el evento en que las acciones que esta tenía en Cartón de Colombia se vendieran por cualquier precio superior al de su cotización en bolsa, lo cual en realidad no sólo se advierte carente de prueba sino también desvirtuado por la prueba allegada por la apelante y los demás demandados que, sin estar obligados a ello, probaron hechos que contradicen los afirmados en la demanda. Por tanto, ante la falta de acreditación de los presupuestos axiológicos de las pretensiones, se negarán sin necesidad de entrar en el estudio de los medios exceptivos. Empero, en el caso del demandado Juan Alfredo Uribe Cardozo la sentencia será confirmada porque en efecto carece de legitimación en la causa para resistir las pretensiones, en lo cual ninguna discusión se planteó por vía de apelación, aunque precisando que ello no obedece al triunfo de excepción alguna sino a que a su respecto no se supera la legitimación, como presupuesto para la sentencia de fondo.

DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia de procedencia y fecha indicadas, pero precisando que la negativa de las pretensiones en contra de Juan Alfredo Uribe Cardozo obedece a la falta de legitimación en la causa por pasiva, más no al triunfo de alguna excepción, y la **REVOCA EN TODO LO DEMÁS**, para en su lugar **NEGAR** la totalidad de las pretensiones con relación a los demandados restantes, por falta de acreditación de sus presupuestos axiológicos. **Costas** de la primera instancia a cargo de la parte demandante y a favor de los demandados. **Costas** de la segunda instancia únicamente a favor de Saxónica S.A.S y a cargo de la parte demandante.

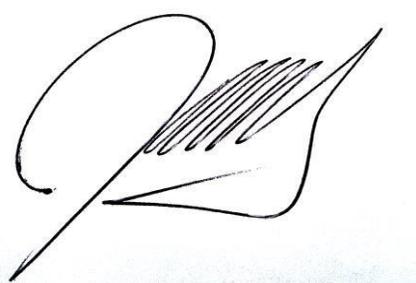
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
MAGISTRADA



JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
MAGISTRADO



JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
MAGISTRADO

Firmado Por:

Piedad Cecilia Velez Gaviria
Magistrada
Sala 002 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9f3d1f0ed409d42d02e8e8853b79dd93bb4e0a2f6ee536adcb516a47204a1cdf**

Documento generado en 17/01/2022 02:54:29 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>