

Tribunal de Arbitramento

Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia y Grupo Interamerica L.C.

v.

TPS International Power Inc.

Agosto 11 de 2006

Laudo Arbitral

En Bogotá, D.C., a los once (11) días del mes de agosto de dos mil seis (2006), fecha y hora señaladas en auto 31 notificado personalmente a los apoderados de las partes, se reunió en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el tribunal integrado por los árbitros Gilberto Peña Castrillón, presidente, Antonio José de Irisarri Restrepo y Jorge Cubides Camacho, para proferir el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral iniciado por Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelecol” y Grupo Interamerica L.C. contra TPS International Power Inc. Actuó como secretaria la doctora Alicia Villegas Trujillo.

El laudo se profiere de manera unánime.

A. Antecedentes del proceso

1. Conformación del tribunal.

El 30 de agosto de 2004 el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelecol” San Cayetano, en adelante Sintraelecol o la convocante, persona jurídica de carácter sindical, presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante apoderado y con el lleno de los requisitos formales, convocatoria para constituir un tribunal de arbitramento, en la que articuló pretensiones contra TPS International Power INC., en lo sucesivo TPSI o la convocada, y contra Teco Wholesale Generation INC (antes Teco Power Services Corporation) y Teco Energy Inc., en calidad de litis consortes facultativos.

Como fundamento de la procedencia del arbitramento se invocó la cláusula compromisoria contenida en documento suscrito el 17 de octubre de 1996 entre Sintraelecol y TPSI, rotulado “convenio de confidencialidad” (fls. 1 a 5 del cdno. de pbas. 1), que con las modificaciones introducidas mediante otrosí firmado el 14 de diciembre de 2004, visible a folios 113 a 116 del cuaderno principal, es del siguiente tenor literal:

“Décimo segunda. Toda controversia o diferencia entre las partes con ocasión de este convenio que no pueda resolverse directamente entre las partes, a menos que no sea susceptible de transacción o se trate de la ejecución de obligaciones que consten en título ejecutivo, se resolverá por un tribunal de arbitramento que estará integrado por tres (3) árbitros que serán abogados titulados, designados de común acuerdo por las partes. Si en el término de dos (2) meses contados a partir de la firma del presente otrosí las partes no han logrado acuerdo en el nombre de los tres (3) árbitros, estos serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleva el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de dicha cámara. La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, incluyendo las relativas a la fijación y pago de honorarios de los árbitros. El tribunal decidirá en derecho y con base en la ley Colombiana. El tribunal funcionará en Bogotá en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de esta ciudad y se registrará por lo dispuesto en las leyes colombianas sobre la materia vigentes al firmar este otrosí”.

Los apoderados de las partes designaron de común acuerdo a los doctores Gilberto Peña Castrillón, Antonio José De Irisarri Restrepo y Jorge Cubides Camacho como árbitros para integrar este tribunal (fl. 111 del cdno. ppal.), designación que fue ratificada por el representante legal de Sintraelecol (fl. 120) y aceptada por los nombrados dentro del término legal.

2. Trámite preliminar y actuaciones surtidas.

2.1. El 2 de marzo de 2005 se llevó a cabo la audiencia de instalación del tribunal de arbitraje (acta 1, fls. 139 a 141), en la que se nombró al doctor Gilberto Peña Castrillón como presidente del tribunal, a la doctora Alicia Villegas Trujillo como secretaria. Igualmente, se admitió la demanda mediante auto 1, se ordenó surtir la notificación a los demandados y correr el traslado del auto admisorio en los términos del artículo 428 del C. de P. TPSI fue notificado en la misma fecha de la audiencia de instalación.

2.2. El 15 de marzo de 2005 tomó posesión la secretaria del tribunal (fl. 144).

2.3. El 16 de marzo de 2005, en término, TPSI contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la parte convocante, pronunciándose sobre los hechos y proponiendo excepciones de mérito (fls. 145 a 160 del cdno. ppal.).

2.4. El mismo 16 de marzo de 2005, TPSI formuló demanda de reconvención contra Sintraelecol (fls. 1 a 17), que fue admitida por el tribunal mediante auto 2 del 30 de marzo de 2005 (fl. 162 del cdno. ppal.), providencia en la que se dispuso el traslado de la misma a partir del 4 de abril del mismo año.

2.5. El 15 de abril de 2005, en oportunidad legal, Sintraelecol contestó la demanda de reconvención oponiéndose a las pretensiones y formulando excepciones de mérito (fls. 60 a 62).

2.6. Mediante auto 3 del 15 de abril de 2005 (fl. 167) y a partir del 19 de abril de 2005, se corrió traslado a las partes de las excepciones propuestas contra la demanda y contra la reconvención, respectivamente. Sintraelecol recorrió el traslado solicitando nuevas pruebas (fls. 170 a 172) y con igual pedido se pronunció TPSI (fls. 175 a 177).

2.7. Mediante auto 4 del 25 de abril de 2005 (acta 4, fls. 178 a 184) el tribunal resolvió la solicitud de conformación del litisconsorcio voluntario en la parte pasiva, situación procesal que no encontró fundada, ni procedente. En esta misma providencia fijó las sumas correspondientes a honorarios y gastos del proceso, que fueron canceladas en su totalidad por la parte convocante.

2.8. El 20 de mayo de 2005 se llevó a cabo audiencia de conciliación (acta 5, fls. 194 a 197) sin que las partes llegaran a acuerdo alguno, por lo que el tribunal dispuso la continuación del trámite arbitral (auto 6).

2.9. Con fecha 3 de junio de 2005 (fls. 235 a 249) Sintraelecol reformó la demanda arbitral modificando las pretensiones, los hechos, la solicitud de pruebas e incluyendo en la parte convocante a la sociedad Grupo Interamerica L.C., constituida bajo las leyes del Estado de la Florida en los Estados Unidos de América, quien acudió al proceso en virtud de la cesión parcial que de su interés en esta reclamación le hizo Sintraelecol mediante documento del 23 de enero de 2003, visible a folios 1 a 3 del cuaderno de pruebas 6 (T. 1). En la reforma se mantuvo la solicitud de conformación de un litis consorcio facultativo.

2.10. Mediante auto 7 del 13 de junio de 2005 (acta 6, fls. 253 a 255) fue admitida la reforma de la demanda arbitral, advirtiéndole al tribunal respecto del pretendido litis consorcio facultativo, que por no haberse incluido nuevos elementos de juicio que hicieran modificar la decisión ya adoptada, se tendría como demandada de manera exclusiva a TPSI. De esta reforma se corrió traslado en los términos de ley.

2.11. El 21 de junio de 2005 TPSI contestó en tiempo la demanda reformada (fls. 258 a 296 del cdno. ppal.) y en la misma fecha reformó la demanda de reconvención (fls. 63 a 82), la que por reunir los requisitos de ley fue admitida por auto 8 del 11 de julio de 2005 (acta 7, fls. 298, 299) en el que además se ordenó tanto el traslado de la reforma de la reconvención a la convocante, como el de las excepciones propuestas por ambas partes.

2.12. El 13 de julio de 2005 Sintraelecol contestó la demanda de reconvención reformada (fls. 125 a 129) y el 25 de julio ambas partes recorrieron el traslado común de las excepciones mediante memoriales visibles a folios 302 y 303, el de la convocante y 304 a 308, el de la convocada, oportunidad en la que esta última solicitó y aportó nuevas pruebas.

2.13. El 2 de agosto de 2005 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite (acta 8, fls. 309 a 333) en la que el tribunal se declaró competente para conocer y decidir la controversia, sin perjuicio de lo que en este laudo debe

resolverse respecto de la excepción de falta de competencia. En esta misma audiencia el tribunal profirió el auto de pruebas del proceso.

2.14. Durante el trámite del proceso el tribunal sesionó en 30 audiencias, en las que practicó las pruebas decretadas. Agotada la instrucción, los apoderados de las partes presentaron alegatos de conclusión.

2.15. En la fecha en que se profiere este laudo, se llevó a cabo una nueva audiencia de conciliación, sin que se hubiera logrado ningún acuerdo entre las partes.

3. Síntesis de las controversias.

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

3.1. Hechos en que se sustenta la demanda de Sintraelecol.

3.1.1. Señala la parte convocante, como fundamento fáctico de la demanda, el proceso de reestructuración del sector eléctrico promovido por el Gobierno Nacional, conforme al cual el Estado colombiano mediante el Decreto 1742 de 1996, desarrolló un programa de enajenación de la propiedad de las acciones que la Nación tenía en Termotasajero S.A. ESP, cuyo activo principal, la planta, está ubicada en San Cayetano.

3.1.2. Destaca que la reglamentación expedida para tal propósito previó que la oferta de enajenación se realizaría sobre la totalidad de las acciones que la Nación poseía o llegara a poseer en la mencionada empresa, en dos etapas: primero exclusivamente y a un plazo fijo a los miembros del sector solidario del país, dentro del cual obviamente estaba el Sindicato de Trabajadores de la planta de Termotasajero (Sintraelecol San Cayetano), y luego, si tal sector solidario no ejercía la preferencia concedida por el artículo 60 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 226 de 1995 y particularizado para tal proceso por el artículo 3º del Decreto 1742 de 1996, o lo hacía solo parcialmente, las acciones sobrantes serían ofrecidas al sector privado íntegramente considerado, al precio que ofreciera el mejor postor, y que el plazo para que los integrantes del sector solidario presentaran su aceptación a la oferta realizada vencía dos meses después del aviso de la oferta, ocurrido lo cual se daría inicio a la segunda etapa en los términos ya referidos⁽¹⁾.

3.1.3. Expresa la convocante que al conocer la intención de la enajenación de Termotasajero S.A. ESP por parte del Estado colombiano, Sintraelecol exploró posibilidades jurídicas y financieras para adquirir una porción de las acciones de esa empresa que serían puestas en venta, y para tal efecto contactó a los directivos de la sociedad Grupo Interamérica, L.C., que a su vez tenía la vocería del Grupo Teco para hacer negocios en el mercado energético de Colombia, y evaluaron esquemas jurídicos y financieros para hacer una alianza estratégica con el fin de que el sindicato pudiese adquirirlas.

3.1.4. Precisa igualmente la demandante que como resultado de tales contactos, el Grupo Teco decidió utilizar una sociedad suya con domicilio en las Islas Cayman, denominada TPS International Power Inc. para celebrar, junto con el sindicato, un acuerdo de confidencialidad y exclusividad que fue suscrito el 17 de octubre de 1996; que en dicho acuerdo, las partes se obligaron a no contactar a terceros para asuntos relacionados con Termotasajero (cláusula segunda); que TPSI se obligó a prestar al sindicato 30 millones de dólares, por un término de 10 años a una tasa de interés del 15% para que este pudiese adquirir las acciones de Termotasajero S.A. ESP; que Sintraelecol se obligó a dar en prenda las acciones que adquiriera a favor de TPSI (cláusula décima, apartes i y ii); y que, como consecuencia de este acuerdo, Sintraelecol dejó de tener conversaciones con otras personas en relación con este tema.

3.1.5. Relata la parte convocante que hubo por parte de la convocada manifestaciones de voluntad hacia Sintraelecol de continuar en el negocio una vez conoció los resultados de los estudios de factibilidad, en los que participaron funcionarios del Grupo Teco, por encargo del mismo grupo, los consultores Salgado Meléndez y Asociados, José Mejía y Alberto Brugman e igualmente la oficina de abogados Gómez Pinzón y Asociados.

3.1.6. Que el 13 de noviembre de 1996, se realizó una reunión en la que estuvieron representados el Grupo Teco, el Grupo Interamérica LLC y Sintraelecol, en la que se definieron algunos aspectos finales de la negociación,

habiendo quedado pendiente lo relativo a la sustitución patronal, tema que, expresa, ya estaba definido por el reglamento de ventas. Agrega, además, que el presidente de TPS, Richard Ludwig, habría manifestado al presidente del sindicato, Iván Eduardo Guerrero, que toda la negociación había quedado concluida exitosamente. Eso mismo lo habría confirmado por escrito William Smoak, en una comunicación del 14 de noviembre de 1996, elaborada a petición de Iván Guerrero, quien le requirió un documento escrito en el que se formalizara el acuerdo.

3.1.7. Informa que el sindicato se concentró en la preparación de la oferta y por su parte el Grupo Teco formalizó las decisiones de sus órganos sociales, elaboró borradores finales de los contratos para comenzar la operación de su nuevo negocio en Colombia y aceleró gestiones, para transferirle al sindicato oportunamente 31.045.000 dólares, para que este formulara la oferta de adquisición de las acciones de Termotasajero S.A. ESP, no obstante lo cual, concluye el relato, el 23 de noviembre de 1996, cuatro días hábiles antes del vencimiento del plazo para formular la oferta, se comunicó telefónicamente que la convocada había decidido no participar en el negocio por la inseguridad de Colombia, pese a que horas antes los abogados de Gómez Pinzón, asesores legales del Grupo Teco, remitieron a Helmuth Gallego, Asesor legal del sindicato, los últimos borradores de los contratos para su revisión final, con el fin de obtener su visto bueno antes del desembolso del dinero.

3.1.8. Igualmente relata, que en los restantes días del término para formalizar oferta de compra, realizó esfuerzos para conseguir otro aliado estratégico que le permitiera presentar la suya, pero ello fue imposible y que finalmente fue rechazada la oferta de Sintraelecol para la adquisición de las acciones de la Nación en Termotasajero S.A. ESP, porque dicho sindicato no pagó el valor solicitado en el reglamento de ventas, imputándole responsabilidad a TPSI por los perjuicios derivados de este hecho, cuyo resarcimiento pretende. Afirma que si el Grupo Teco hubiera permanecido en el negocio y no hubiera interrumpido las negociaciones cuatro días hábiles antes del vencimiento de la oferta, el sindicato habría adquirido el 64% de las acciones ofertadas y con ello, la mayoría necesaria para controlar la sociedad Termotasajero S.A. ESP, como en efecto lo hizo Coopropal, quien adquirió el 51% de las acciones ofrecidas y durante 1998 las vendió a Dunriding Company, N.V., empresa del grupo de Scudder Latin American Fund, obteniendo un importante beneficio económico.

3.1.9. Reseña Sintraelecol la existencia de un litigio iniciado por Grupo Interamérica L.C. contra Grupo Teco ante la Corte del Décimo Tercer Circuito Judicial del Estado de la Florida, Estados Unidos de América y, finalmente, que el 23 de enero de 2003, el sindicato cedió al Grupo Interamerica L.C. el 75% del crédito que tiene a cargo del Grupo Teco.

3.2. Las pretensiones de Sintraelecol.

La parte convocante solicitó que se hagan las siguientes declaraciones y condenas, de acuerdo con el texto de la demanda reformada:

“Primera: que se declare que la sociedad TPS Internacional Power, Inc. incumplió las obligaciones que asumió por virtud del contrato que celebró con el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelecol” San Cayetano el 17 de octubre de 1996, el cual fue totalmente integrado los días 13 y 14 de noviembre del mismo año.

Segunda: que se declare que, en consecuencia, la sociedad TPS Internacional Power, Inc. debe indemnizarle al Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelecol” San Cayetano todos los daños que sufrió en razón de dicho incumplimiento, el cual le significó al Sindicato la imposibilidad de adquirir la propiedad de más del 64% de las acciones de Termotasajero S.A. ESP y de obtener los beneficios económicos derivados de su explotación.

Tercera: que se declare que las sociedades Teco Wholesale Generation, Inc —antes Teco Power Services Corporation— y Teco Energy, Inc, son también responsables de todos los daños que el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelecol” San Cayetano sufrió en razón de dicho incumplimiento.

Cuarta: que se declare que el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelecol” San Cayetano cedió a Grupo Interamerica L.C. el setenta y cinco por ciento (75%) del crédito que tiene a cargo de las sociedades TPS Internacional Power, Inc, Teco Wholesale Generation, Inc —antes Teco Power Services Corporation— y Teco Energy.

Quinta: que se condene a la sociedad TPS Internacional Power, Inc. a indemnizarle al Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelecol” San Cayetano todos los daños que sufrió en razón de dicho incumplimiento, tanto previsibles como imprevisibles, en el veinticinco por ciento (25%) de la cuantía que se demuestre en el curso de este proceso.

Sexta: que se condene, así mismo, a las sociedades Teco Wholesale Generation, Inc —antes Teco Power Services Corporation— y Teco Energy, Inc. a indemnizarle al Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelecol” San Cayetano todos los daños que sufrió en razón de dicho incumplimiento, tanto previsibles como imprevisibles, en el veinticinco por ciento (25%) de la cuantía que se demuestre en el curso de este proceso.

Séptima: que se condene a la sociedad TPS Internacional Power, Inc. a indemnizarle a Grupo Interamerica, en calidad de cesionario del setenta y cinco (75%) del derecho del Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelecol” San Cayetano, todos los daños que este último sufrió en razón de dicho incumplimiento, tanto previsibles como imprevisibles, en el setenta y cinco por ciento (75%) de la cuantía que se demuestre en el curso de este proceso.

Octava: que se condene, así mismo, a las sociedades Teco Wholesale Generation, Inc. —antes Teco Power Services Corporation— y Teco Energy, Inc a indemnizarle a Grupo Interamerica, en calidad de cesionario del setenta y cinco (75%) del derecho del Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelecol” San Cayetano, todos los daños que este último sufrió en razón de dicho incumplimiento, tanto previsibles como imprevisibles, en el setenta y cinco por ciento (75%) de la cuantía que se demuestre en el curso de este proceso.

Novena: que se condene a las sociedades TPS Internacional Power, Inc., Teco Wholesale Generation, Inc. —antes Teco Power Services Corporation— y Teco Energy, Inc., en cuanto en derecho corresponda, a pagar las costas de este proceso”.

3.3. La contestación de la demanda por TPSI.

En la contestación, algunos hechos fueron aceptados, otros negados, otros controvertidos, sobre otros manifestó la parte demandada que no le constaban, que se atenía a lo previsto en ciertos documentos o que la parte demandante debía probarlos.

A las pretensiones TPSI se opuso alegando:

- Cumplimiento de las obligaciones a cargo de TPSI.
- Inexistencia de daño y de la relación de causalidad entre la conducta imputada y el perjuicio reclamado.
- Frente la pretensión séptima, invocó contra Grupo Interamerica L.C. el “derecho de retracto” que consagran los artículos 1969 a 1972 del Código Civil.

Adicionalmente, propuso excepción de falta de competencia y solicitó al tribunal aplicar el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, que ordena tener en cuenta, como indicio para decidir la controversia, el comportamiento procesal de las partes.

3.4 La demanda de reconvención y su réplica.

3.4.1. Los hechos.

La parte convocada formuló en tiempo demanda de reconvención, en la que pone de presente la celebración de un contrato entre Sintraelecol y Grupo Interamerica L.C., en adelante grupo, el día 23 de enero de 2003. De acuerdo con la cláusula segunda de este contrato, se establecía la obligación en cabeza de grupo de “Promover y llevar hasta su culminación, junto con el sindicato, un proceso arbitral que decida sobre la reparación de todos aquellos daños que podrían haberle sido causados a el sindicato por Teco”.

Los aspectos fundamentales de este contrato, reseñados en el escrito de demanda de reconvención son:

(i) La cesión por parte del sindicato a grupo del 75% del crédito que dijo tener contra Teco y advirtió expresamente que no se haría responsable de la existencia del crédito cedido, lo cual, según afirma el demandante en reconvención, permite deducir que tal cesión “no era una de las cesiones de créditos a las que se refiere el artículo 1965 del Código Civil (cláusula cuarta)”.

(ii) Que en relación con el proceso arbitral, grupo se obligó a asumir los gastos de convocatoria del tribunal, los honorarios de los árbitros y abogados, los gastos generados por la práctica de las pruebas y todas las erogaciones que se generaran en virtud del mismo, pero más aún, se obligó a no reclamar al sindicato el reembolso o la restitución de ninguna de las sumas de dinero que aquel hubiere pagado con ocasión del proceso, o de las costas judiciales que la parte convocante fuera condenada a pagar (cláusula quinta).

(iii) Que grupo se obligó a notificar la cesión y se reservó el derecho a indicar el momento preciso en el que debería convocarse el tribunal, el derecho a indicar quién sería el abogado que atendería el proceso, a controlar el desarrollo del proceso arbitral, el derecho a conciliar o transigir las diferencias en discusión, preservando siempre los intereses de Sintraelecol (cláusula tercera) y el derecho de ejercer acción ejecutiva contra TPSI, si esta empresa no pagaba los gastos relacionados con la convocatoria e integración del tribunal de arbitramento (cláusula segunda).

(iv) Que el “apoderado del Grupo” sería quien recibiera el dinero de TPSI, y grupo se obligó a entregar después al Sindicato, el 25% de las sumas líquidas recibidas (cláusula segunda). Finalmente, destaca que en el contrato se determinó que el señor Helmuth Gallego actuaría en defensa del Sindicato y el Dr. Carlos Darío Barrera del grupo.

Señala la convocada en la reconvención que en virtud de lo previsto en la cláusula octava del contrato de cesión celebrado el 23 de enero de 2003 y en cumplimiento de la cláusula segunda del mismo, se presentó el 30 de agosto del 2004 demanda contra TPSI ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá; que en la demanda inicial, Sintraelecol omitió referirse a la cesión de derechos litigiosos acordada con grupo; que no acompañó tampoco el documento respectivo, actuando, al decir del apoderado de la convocada “como si todo el interés litigioso fuera suyo, poniendo, por lo tanto a TPSI en imposibilidad de precisar en forma completa y oportuna los alcances exactos del ‘derecho de retracto’ que le concede la ley”; así mismo que TPSI conoció el contrato de cesión de derechos litigiosos gracias a la información obtenida de los abogados Stagg y Cuva y que para hacer valer el señalado “derecho de retracto”, tuvo que presentar demanda de reconvención, por cuanto no era posible presentarlo como excepción, puesto que grupo no era parte en la demanda, lo que ha ocasionado honorarios y otros costos a TPSI, adicionales a los de contestar la demanda.

Se expresa también en el escrito de reconvención que respecto de la información “fragmentaria” obtenida de los abogados Lawrence Stagg y Anthony Cuva, que dichos abogados habían recibido del abogado Rich Pettit un email en el que además de anexarles una copia del contrato celebrado entre el sindicato y el grupo, con la firma del Sr. Helmuth Mauricio Gallego Sánchez como apoderado del sindicato y del Sr. Steven Dorsey como presidente de grupo, el abogado Pettit les informaba que se habían tachado ciertos datos como la fecha del contrato, el porcentaje de las indemnizaciones que corresponderían a cada una de las partes (cláusula segunda), el monto de la cláusula penal que debería pagar el grupo al sindicato si el grupo no conseguía la convocatoria del tribunal dentro del año siguiente a la firma del contrato (cláusula tercera) y el porcentaje del crédito cedido, y de otra parte que en la contestación, el Sindicato se abstuvo de aportar el documento pertinente, y de proporcionar la información que TPSI habría requerido para ejercer su derecho de retracto.

Señala además la convocada en la reconvención, que al momento de pagar los honorarios de los árbitros, Sintraelecol se vio forzado a admitir que era grupo y no el sindicato quien financiaba el proceso, por lo que ambas partes “tuvieron que descubrir, finalmente, el acuerdo de ‘cesión de derechos litigiosos’, para lo cual reformaron la demanda inicial” y dicha reforma “no contiene hechos o pretensiones distintos de los que se refieren a esa cesión”.

Que reformada la demanda inicial, TPSI ha podido ejercer su “derecho de retracto”, tanto como excepción al contestar la demanda, como por vía activa subsidiaria en esta reconvención, pero que ello se debió a “la iniciativa de TPSI al presentar la demanda de reconvención, y al forzar a grupo a pagar los gastos y honorarios del tribunal”.

Por último, señala el apoderado de TPSI, que la notificación de la demanda del Sindicato fue recibida el 2 de

marzo del 2005 y manifiesta que TPSI tiene en la conducta desleal de Sintraelecol y grupo, razones para “temer nuevas maniobras tendientes a frustrar el ejercicio o el alcance de su “derecho de retracto”.

3.4.2. Las pretensiones de TPSI.

Se consignan a continuación las pretensiones de la demanda de reconvención:

Primera: que se declare que el Sindicato celebró con Grupo un contrato de “cesión de derechos litigiosos”, respecto de los derechos que el Sindicato dice tener contra TPSI por razón de los supuestos daños a los que se refiere la demanda que dio origen a este proceso.

Segunda: que, en consecuencia, y si acaso no se admite la excepción sobre “derecho de retracto” que TPSI ha presentado al responder la demanda reformada, se declare por vía de reconvención que TPSI, como contraparte del sindicato y del grupo en el litigio, tiene derecho a invocar el beneficio previsto en el artículo 1971 del Código Civil, si acaso el litigio propuesto por el Sindicato termina con un laudo adverso a TPSI.

Tercera: que, en consecuencia de lo anterior y por aplicación del artículo 1971 del Código Civil, se declare, por vía de reconvención, que si TPSI es condenada a hacer cualquier pago a grupo,

— TPSI tendrá derecho a reducir el pago ordenado, en cuanto este pudiera beneficiar finalmente al cesionario según el texto del contrato de “cesión de derechos litigiosos”.

— Para que ese pago no exceda del dinero que el grupo demuestre haber dado al Sindicato para atender los gastos del proceso y nada más, hasta la fecha del laudo y en ninguna posterior.

El tribunal liquidará los valores respectivos.

Cuarta: que, como consecuencia de la declaración a la que se refiere la pretensión primera, se declare que el sindicato, al abstenerse de informar de modo completo sobre la “cesión de derechos litigiosos” en su demanda inicial, incumplió el deber contractual y legal de obrar de buena fe, derivado del acuerdo celebrado el 17 de octubre de 1996 con TPSI en concordancia este con el numeral 1° del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil. Y que su conducta desleal causó un perjuicio a TPSI consistente en los costos de la preparación de la demanda de reconvención inicial, y en la “pérdida de la oportunidad” de invocar el “derecho de retracto” como excepción frente a la demanda inicial.

Quinta: que, en consecuencia, para indemnizar esos perjuicios, debe condenarse en este proceso al Sindicato a pagar a TPSI, además de las costas del proceso:

a) El valor de los costos de preparar la demanda de reconvención inicial.

b) El valor de la “pérdida de oportunidad” creada por la omisión. Para obrar con extrema prudencia, y sin perjuicio de lo que se pruebe en el proceso, TPSI atribuye a la pérdida de tal oportunidad un valor de \$ 3.088'000.000, según explicaré adelante.

TPSI solicita al tribunal que, además de las pruebas que TPSI arrime al proceso, tenga en cuenta, para definir el monto de estos perjuicios, el criterio de equidad que autoriza el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Sexta: que la suma que se condene al sindicato a pagar a TPSI por los perjuicios enunciados arriba, se compense contra cualquier condena eventualmente declarada en este proceso a favor del sindicato.

Séptima: que, en vista de la conducta procesal del sindicato y el grupo al omitir en la demanda inicial toda noticia sobre la “cesión de derechos litigiosos”, se declare que cualquier acuerdo que haya celebrado o celebren el sindicato y el grupo, posterior a la presentación de la demanda contra TPSI, y que tenga como propósito o como efecto conseguir que grupo obtenga una participación en una eventual condena a TPSI superior al dinero que el sindicato demuestre haber recibido de grupo hasta la fecha del laudo para atender los gastos del proceso, deberá considerarse de mala fe, contrario a normas de orden público colombianas y, en particular, contrario a las regla del artículo 1971 del Código Civil y a la del artículo 71, numerales 1° y 2° del Código de Procedimiento Civil.

Octava: que se condene al sindicato y a grupo a pagar las costas y agencias en derecho a las que dé lugar este proceso, si se opone a cualquiera de las pretensiones”.

3.4.3. Contestación de la demanda de reconvención.

El apoderado de Sintraelecol y de grupo replicó la demanda de reconvención presentada por TPS Internacional Power Inc., aceptando la efectiva celebración del contrato al que esta se refiere, la fecha de su suscripción y manifestando que se atiene al contenido literal del mismo.

Señala igualmente que Sintraelecol no solo no “omitió” la referencia al contrato celebrado con grupo, sino que no estaba obligado a hacerla por cuanto “los actos jurídicos solo tienen efectos entre las partes y no deben aprovechar ni perjudicar a terceros”; que se atiene al contenido íntegro de las comunicaciones referidas en los hechos cuarto (4), quinto (5) y sexto (6) de la demanda de reconvención (entre los abogados Richard Pettit, Lawrence Stagg y Anthony Cuva, en las que se informaba sobre la existencia del contrato de cesión y se ponía en conocimiento el mismo); que acepta como cierto el hecho séptimo de la demanda de reconvención, solo en el sentido de que el abogado Anthony Cuva habría defendido los intereses del demandado en el proceso al que se refiere el hecho 35 de la demanda del sindicato, y que cursó ante la Corte del Décimo Tercer Circuito Judicial del Estado de la Florida, Estados Unidos de América, mientras que el abogado Pettit, junto con el abogado Brian Bolves de la firma de abogados Bricklemyer Smolker & Bolves P.A., habrían defendido los intereses de grupo, así como el hecho octavo de la reconvención, de acuerdo con el cual, la misma fue notificada al apoderado de TPSI el día dos (2) de marzo de 2005.

Rechaza como hechos los distinguidos con los números nueve (09), diez (10), once (11), doce (12), trece (13) y catorce (14) y propone los siguientes medios de defensa:

- Inaplicabilidad del artículo 1971 del Código Civil.
- Relatividad de los actos jurídicos.
- Inexistencia de los perjuicios que reclama TPSI.

4. Término de duración del proceso.

En ausencia de pacto de las partes sobre este particular, el término de duración de este proceso se fijó en seis (6) meses contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite (2 de agosto de 2005, auto 9, acta 8) según lo dispuesto en las normas pertinentes.

El proceso se suspendió en varias oportunidades por solicitud conjunta de las partes, así:

Acta y fecha	Acta	Término de la suspensión	Duración
Nº 8 del 2 de agosto de 2005	Nº 11	Entre el 3 y el 23 de agosto de 2005, ambos extremos inclusive	21 días
Nº 9 de agosto 24 de 2005	Nº11 Bis	A partir de la ejecutoria del auto y hasta el 18 de septiembre de 2005, incluidos ambos extremos.	25 días
Nº 13 de septiembre 29/05	Nº 15	Desde el 30 de septiembre hasta el 11 de octubre de 2005	12 días
Nº 14 de octubre 12/05	Nº 16	Desde el 13 de octubre al 13 de noviembre de 2005	30 días
Nº 16 de noviembre 16 de 2005	Nº 19	Entre el 17 y el 30 de noviembre de 2005, incluidos ambos extremos	14 días
Nº 17 de diciembre 1 de 2005	Nº 20	Entre el 2 y el 9 de diciembre de 2005, incluidos ambos extremos	8 días

Nº 18 de diciembre 19 de 2005	Nº 21	Entre el 23 de diciembre de 2005 y el 2 de febrero de 2006, incluidos ambos extremos	42 días
Nº 19 de febrero 3 de 2006	Nº 22	Entre el 4 y el 15 de febrero de 2006, incluidos ambos extremos	12 días
Nº 23 de abril 5 de 2006	Nº 26	Entre el 6 de abril y el 8 de mayo de 2006, incluidos ambos extremos	33 días
Nº 27 de junio 8 de 2006	Nº 30	Entre el 10 de junio y el 13 de julio de 2006, incluidos ambos extremos	34 días
Nº 28 de julio 14 de 2006	Nº 31	Entre el 15 de julio y el 10 de agosto de 2006, ambos extremos incluidos.	17 días
Nº 29 de agosto 1º de 2006	Nº 31	Se reanudó el proceso a partir del 1º de agosto de 2006.	
Total número de días de suspensión			248 días

En consecuencia, el tribunal se encuentra en tiempo para proferir el presente laudo, pues considerando las suspensiones solicitadas por las partes, el término de duración del proceso vence el día 6 de octubre de 2006.

5. Pruebas decretadas y practicadas.

Se relacionan las pruebas decretadas, practicadas e incorporadas al expediente, que componen el acervo probatorio que servirá para definir los asuntos sometidos a decisión de este tribunal.

5.1. Declaraciones de terceros: en este proceso rindieron testimonio las siguientes personas: Helmuth Mauricio Gallego Sánchez, Alberto Gerardo Brugman Miramón (acta 10 del 19 de septiembre de 2005); Iván Eduardo Guerrero Díaz, José Manuel Mejía Angel, Rolando Alfonso García Noriega, Alejandro Linares Cantillo, (acta 11 del 20 de septiembre de 2005); Juan Pablo Jimeno León (acta 12 de 21 de septiembre de 2005); George Douglas Jennings Jr., Richard Edwin Ludwig II, Antonhy John Cuva, Juan Carlos Villa, Girard Francis Anderson (acta 15 del 15 de noviembre de 2005), Douglas Malcolm Bagge, Linda Ann Miller (acta 16 del 16 de noviembre de 2005); William Ashe Smoak y Shirley Mull Payne (acta 19 del 3 de febrero de 2006).

Por solicitud de los apoderados de las partes, el tribunal admitió el desistimiento de los testimonios de los señores George Osorio, Don Duffy, Roger Stark (auto 20 del 1º de diciembre de 2005, acta 17) y de Jesús Arteaga, José Carrero, Abel Mojica y Michael A. Schuyler (auto 22 del 3 de febrero de 2006, acta 19).

La parte convocante tachó de sospecha al testigo Richard Edwin Ludwig II (acta 15 del 15 de noviembre de 2005, fl. 638).

5.2. Declaración de parte. Rindió declaración de parte el representante de Grupo Interamerica L.C., señor Steven L. Dorsey (acta 16 del 16 de noviembre de 2005).

5.3. Dictámenes periciales. En este proceso se practicaron los siguientes dictámenes periciales:

5.3.1. Por parte del perito institucional Iluminar Ltda., para determinar la vida útil de Termotasajero como planta termoeléctrica, del que se corrió traslado mediante auto 20 del 1º de diciembre de 2005 (acta 17) sin que ninguna de las partes hubiera solicitado aclaraciones o complementaciones, ni formulado objeción por error grave.

5.3.2. Por el auxiliar de la justicia ingeniero Carlos José Espinosa López, para establecer el monto de los perjuicios sufridos por Sintraelec, “derivados de la imposibilidad de adquirir las acciones de Termotasajero S.A. ESP” respecto del cual los apoderados de ambas partes solicitaron aclaraciones y complementaciones (fls. 742 a 760 del cdno. Ppal.), y las que fueron decretadas por el tribunal en los términos de que da cuenta el auto 24 del 24 de marzo de 2006 (acta 21, fls. 764 a 772), confirmado mediante auto 26 del 5 de abril de 2006 (acta 23, fls. 808 a 811), se presentaron por el perito en la oportunidad establecida por el tribunal.

La parte convocante, dentro de oportunidad legal, formuló objeciones por error grave al dictamen pericial y sus aclaraciones y complementaciones (memorial de fecha 17 de mayo de 2006, fls. 885 a 900), que serán decididas en este laudo. De estas objeciones se corrió traslado a la parte convocada dentro del término previsto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, que se pronunció mediante memorial del 1º de junio de 2006 (fls. 973 a 989) y fueron conocidas por el perito, quien presentó sus comentarios a las mismas mediante documento del 5 de junio de 2006 (fls. 990 a 998).

Mediante auto 29 del 5 de junio de 2006 (acta 26, fl. 999), el tribunal corrió traslado a las partes de este último documento, habiéndose recibido pronunciamiento de la parte convocada y reconviniendo, contenido en memorial de fecha 7 de junio de 2006 (fls. 1003 a 1006).

5.4. Informes técnicos de expertos.

Ambas partes presentaron informes técnicos de expertos, en las siguientes oportunidades procesales:

5.4.1. Sintraelecol, al objetar por error grave el dictamen pericial rendido por el experto Carlos José Espinosa López, allegó experticia rendida por Capital Advisory Partners Ltda. (fls. 904 a 964 del cdno. ppal.) que contiene una valoración de Termotasajero S.A. ESP.

Para observar el principio de contradicción, mediante auto 28 del 22 de mayo de 2006 se corrió traslado a la parte convocada de esta experticia, habiéndose pronunciado en el sentido de que no puede servir como prueba de tal objeción sino que debe considerarse como alegato de parte (fls. 973 a 989).

5.4.2. TPSI, parte convocada y reconviniendo, al descender el traslado de las excepciones formuladas por Sintraelecol a la demanda de reconvención reformada, entregó, con fundamento en el artículo 10, numeral 1º, de la Ley 446 de 1998, experticia rendida por el economista Juan Carlos Echeverri (fls. 136 a 143 del cdno. de reconvención) acerca de la existencia y del monto del “costo de oportunidad” que implicó para TPSI la omisión en la demanda inicial del Sindicato de la información relativa a la “cesión de derechos litigiosos”.

De esta experticia se corrió traslado a la parte convocante mediante auto 10 del 2 de agosto de 2005 (acta 8 del 2 de agosto de 2005) quien formuló objeción por error grave en los términos expuestos en memorial del 8 de agosto de 2005 (fls. 335 a 340 del cdno. ppal.).

El escrito de objeción fue puesto en conocimiento de la parte convocada mediante auto 11 del 24 de agosto de 2005 (fls. 345 a 347). TPSI recorrió el traslado a través de memorial de fecha 21 de septiembre de 2005 (fls. 560 a 564).

Con el alegato de conclusión, la parte convocada y reconviniendo entregó tres nuevos conceptos:

- (i) Emitido por Usaene LLC, firma de ingeniería establecida e incorporada de acuerdo con las leyes del Estado de La Florida sobre la vida útil de la planta Termotasajero.
- (ii) Proferido por Sumatoria S.A., firma de banca de inversión, rotulado “comentarios a los informes del Dr. Carlos José Espinosa y De Capital Advisory Partners”.
- (iii) Suscrito por el Dr. Eduardo A. Wiesner Acero, en relación con el “alcance de las exenciones tributarias previstas en el artículo 211 del estatuto tributario a favor de las empresas generadoras de energía eléctrica”.

5.5. Documentales. Al expediente se incorporaron los siguientes documentos.

5.5.1. Los que fueron admitidos en el decreto de pruebas proferido en la primera audiencia de trámite (auto 10 del 2 de agosto de 2005) y en auto 14 del 21 de septiembre de 2005, a saber:

- (i) Los aportados por la parte convocante, relacionados en los literales A. (nums. 1º a 8º) “Documental que se acompañó con la convocatoria” y B. (nums. 1º a 12 inclusive, y 14) “Documental (Que se anexa al presente escrito)”, de la demanda reformada (fls. 242 a 245).

(ii) Los entregados por la parte convocada al contestar la demanda arbitral reformada, relacionados en el numeral 1º del capítulo V del escrito de contestación, así como los allegados con la demanda de reconvención, indicados en el numeral 1. del capítulo VII del libelo de reforma (fls. 76 - 77) y los entregados al descorrer el traslado de las excepciones el 29 de julio de 2005 (fls. 304 a 308 del cdno. ppal.).

5.5.2. Los obtenidos mediante oficio, así:

(i) Recibidos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, que se incorporaron al cuaderno de pruebas 12.

(ii) Recibidos de la Contraloría General de la República (cuaderno de pruebas 9), incorporados mediante auto 18 del 16 de noviembre de 2005 (acta 16, fl. 646).

5.5.3. Los entregados por el representante de Sintraelecol al comparecer a la audiencia de conciliación, relacionados en el informe secretarial contenido en acta 6 del 13 de junio de 2005 (fl. 253), correspondientes a la existencia, representación y estatutos de la organización sindical.

5.5.4. Los entregados por los siguientes testigos:

(i) Helmuth Mauricio Gallego Sánchez, incorporados a folios 549 a 551 (acta 11, sep. 20/2005, fl. 542).

(ii) Alberto Gerardo Brugman Miramón, incorporados por acta 15 del 29 de septiembre de 2005 (acta 13).

(iii) Alejandro Linares Cantillo, relacionados en el informe secretarial contenido en acta 12 del 21 de septiembre de 2005 (fl 553).

(iv) Girard Anderson, incorporados por acta 18 del 16 de noviembre de 2005, acta 16.

(v) George Douglas Jennings Jr. (acta 15, nov. 15/2005 (fl. 637)).

(vi) Antonhy Jhon Cuva (acta 15, nov. 15/2005).

5.5.5. Los decretados e incorporados de oficio, mediante las siguientes providencias:

(i) Acta 10 del 2 de agosto de 2005 (acta 8, ago. 2/2005), en relación con la existencia, representación legal y facultades de las partes, que se entregaron por Sintraelecol con memorial del 16 de septiembre de 2005 (fls. 358 a 368) y por TPSI con escrito del 20 de septiembre de 2005 (fls. 431 a 538).

(II) Acta 20 del 1º de diciembre de 2005, (acta 17, fl. 669), respecto de los avalúos practicados a Termotasajero en los años 1995 y 1996, requeridos por el perito Carlos José Espinosa.

(III) Acta 25 del 28 de marzo de 2006 (acta 22, fls. 784 y 785), mediante el cual se ordeno a la parte convocante entregar “copia de los documentos suscritos entre Sintraelecol y Grupo Interamerica que hubieran modificado el contrato celebrado entre ellos el 23 de enero de 2003, a que se refieren tanto el hecho 36 de la demanda arbitral reformada, como el hecho 1 de la demanda de reconvención reformada”.

En respuesta a este requerimiento, Sintraelecol entregó “comunicación remitida por el doctor Helmuth Gallego fechada el 2 de agosto de 2004, con la que se amplía el plazo del contrato celebrado entre el Sindicato y Grupo” (fls. 804 a 806) en la que se advierte la supresión de parte de su contenido, hecho que justifica el apoderado advirtiendo que “el acápite de la carta anexa cuyo contenido no se revela, únicamente contiene consideraciones de carácter jurídico en torno a la estrategia que debe seguirse en este proceso” (fl. 803).

Al descorrer el traslado que se ordeno en el numeral quinto de la parte resolutive del acta 26 del 5 de abril de 2006, la parte convocada mediante memorial de fecha 6 de abril de 2006 (fls. 814 a 822) registró su inconformidad por la manera como las convocantes atendieron la orden del tribunal y solicitó “que se tengan como probados todos los hechos que TPSI afirma en relación con el contrato de cesión de derechos litigiosos celebrado entre Sintraelecol y Grupo Interamérica el 23 de enero de 2003”, de conformidad con el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil.

La parte convocante en memorial del 18 de abril de 2006 (fl. 823) presentó a consideración del tribunal “la posibilidad de que un tercero ajeno al proceso y de la confianza de los señores árbitros lea la parte omitida del escrito y corrobore que la misma solo contiene manifestaciones de tipo jurídico protegidas por el secreto profesional”, respecto de la cual el tribunal no encontró del caso proveer (acta 27, mayo 9/2006, acta 24).

5.5.6. Los que habían sido objeto de rechazo *in limine*.

En la primera audiencia de trámite y por no estar acreditados los requisitos que exige el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal rechazó *in limine* los documentos indicados por Sintraelecól en el cardinal 13 del capítulo de pruebas de la reforma de la demanda (nums. 13.1 a 13.6, inclusive), sin perjuicio de lo cual, concedió un término a la parte convocante para que informara la relación y utilidad que estos pudieran, con el fin de valorar la efectiva vinculación con el asunto materia de este proceso, su eficacia, su pertinencia e importancia.

El 16 de septiembre de 2005 (fls. 369 a 424) el apoderado de la parte convocante entregó la información solicitada por el tribunal en dos listados de documentos: el primero, conservando el orden en que fueron aportados con la reforma de la demanda y el segundo, ordenados según el hecho al que podía relacionarse cada documento, advirtiendo que “bajo el número de identificación pueden estar agrupados varios documentos, todos los cuales versan sobre una específica materia o reportan similar utilidad al proceso”.

Mediante acta 14 del 21 de septiembre de 2005 (acta 12, fl. 556), el tribunal decidió incorporar al expediente “como documentos anexos de la reforma de la demanda, los relacionados en los listados aportados por el apoderado de la parte convocante junto con su memorial de fecha septiembre de 16 de 2005, con el valor que legalmente corresponda” y los puso en traslado a la parte convocada por el término de cinco (5) días hábiles.

TPSI recorrió este traslado presentando dos memoriales el 28 de septiembre de 2005 (fls. 572 a 577) en los que manifestó: (i) Respecto de los documentos relacionados en el literal B-13, numerales 13.5 y 13.6, que las convocantes no atendieron el requisito exigido por el tribunal de identificar la pertinencia de cada documento en relación con este proceso. (ii) Rechazó la autenticidad de todos los que no cumplan con los requisitos del artículo 215 del CPC (sic), o que no cumplan los requisitos de los artículos 254 y 268 del mismo código. (iii) Se opuso a que sean tenidos como pruebas los emanados de Termotasajero y de Scutter American Fund u otros terceros que no cumplan los requisitos del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil según su naturaleza. (iv) Respecto de los documentos relacionados en el literal B-13, numerales 13.1, 13.2, 13.3 y 13.4, acepta la inclusión como prueba de aquellos mencionados en ambos listados, sin compartir las razones de la convocante para sostener su relevancia para el proceso y se reserva la facultad de presentar sus propias conclusiones acerca de lo que tales documentos prueban. (v) No aceptó que se de valor contra ella a los documentos no firmados ni manuscritos por sus funcionarios, solo en la medida en que se opondan a TPSI. (vi) Registró errores de identificación de algunos de los documentos relacionados en los listados entregados por la convocante, lo que, agrega, no obsta para que sean admitidos como pruebas dentro de los límites expresados, ateniéndose a la realidad de los documentos y no a la descripción que los convocantes hicieron de ellos.

Alegó también la convocada la imposibilidad de establecer qué documentos quedaron agrupados con una sola identificación como anunció la parte convocante en página 3 de su memorial y agregó que en esas condiciones no puede aceptar como prueba los documentos aludidos. También manifestó que en el primer listado presentado por la parte convocante se enumeran documentos en poder de Grupo Interamérica y estados financieros de Termotasajero sin hacer descripción de cada documento, al tiempo que registró otros errores de identificación.

En memorial de fecha octubre 12 de 2005 (fls. 606 a 616) la misma parte sostiene que no todos los documentos que aportaron los actores fueron admitidos para el expediente pues a su juicio los que no fueron debidamente identificados y relacionados en los listados que presentó el apoderado de las partes convocantes no fueron amparados por la decisión del acta 14 del tribunal; que tales documentos continuaron bajo el rechazo *in limine* inicial, y que no deben hacer parte del expediente ni podían servir de base para el trabajo de los peritos.

Sintraelecól mediante memorial de noviembre 10 de 2005 (fls. 631-632) refuta esta última afirmación de la contraparte, destacando que el acta 14 del 21 de septiembre de 2005 incorporó no solo los documentos relacionados en los listados, sino los incluidos en su memorial de fecha septiembre 16 de 2005 y en este “se hacía

referencia a documentos individualizados y a grupos de documentos”.

5.5.7. Otros documentos.

El 8 de mayo de 2006 la parte convocada y reconviniendo entregó una serie de documentos (fls. 831 a 867) solicitando que con base en “el inciso final del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y en relación con el hecho número 35 de la demanda reformada, se tengan como pruebas de la terminación del proceso entre el Grupo Interamérica L.L.C. contra TECO Power Services Corp. en el Estado de Florida (EEUU), de manera favorable a TPS”.

Al descender el traslado que de los anteriores documentos ordeno el tribunal, la parte convocante, mediante memorial del 26 de mayo de 2006 (fl. 970) se opuso a su incorporación, aduciendo, de una parte, extemporaneidad en lo que a oportunidades probatorias se refiere, y de otra, que hacen relación a un proceso en que no fue parte el Sindicato y “en el que tanto las pretensiones como los hechos que las soportaban difieren de los del proceso *sub lite*”.

5.6. Exhibición de documentos.

El 12 de octubre de 2005 (acta 14, fls. 619 a 625) se efectuó la diligencia de exhibición decretada por solicitud de la parte convocada y reconviniendo y los documentos que fueron exhibidos se incorporaron al proceso mediante acta 16 proferido en audiencia. La parte convocada registró protesta por cuanto a su juicio Sintraelec no exhibió la información contable en los términos ordenados por el tribunal ni conforme a las normas del Decreto 2649 de 1993 y a su turno, la parte convocante hizo constar que “el apoderado de la parte convocada jamás solicitó la exhibición de los estados financieros del Sindicato sino la ‘contabilidad en donde aparezca, además de sus activos y pasivos, ingresos, gastos y patrimonio en la fecha de la cesión, el dinero recibido del Grupo en las fechas posteriores para la ... en particular todos los comprobantes relacionados con los aportes recibidos del Grupo y una relación de todos los gastos hechos para atender el proceso”.

Los documentos incorporados obran a folios 6 a 33 del cuaderno de pruebas 7.

B. La demanda. Consideraciones del tribunal

Para entrar a resolver el tribunal encuentra que el proceso se adelantó en debida forma, que las partes ejercieron en las oportunidades previstas para ello sus derechos de defensa y de contradicción, que las pruebas se practicaron según lo solicitado por las partes y decretado por el tribunal incluidas algunas decisiones oficiosas, que las partes están integradas por sociedades que acreditaron estar válidamente constituidas y que concurrieron al proceso mediante abogados habilitados para ello, que no se observa causal de nulidad alguna que pudiera obligar al tribunal a retrotraer la actuación y ordenar medidas de saneamiento, que su nombramiento y habilitación ocurrieron de manera ajustada a la ley, que las materias que las partes sometieron a arbitraje son susceptibles de transacción y que se encuentra en término para proferir su decisión, la que se tomará en derecho y con base en las consideraciones que se presentan a continuación.

I. Algunas cuestiones probatorias y procesales que se definen de manera previa.

Con el fin de depurar el trabajo que le corresponde al tribunal, es necesario hacer claridad total respecto de su habilitación, así como sobre algunas circunstancias probatorias y procesales planteadas, estas y aquella, por las partes, que por tener una influencia general en el trabajo que sigue conviene resolver de manera previa a cualesquiera otras consideraciones.

1. Sobre las partes del proceso y las pretensiones.

Aunque la parte demandante reformó la demanda mantuvo, sin embargo, la presencia de otros eventuales intervinientes, circunstancia que obliga a precisar los extremos personales de este laudo:

a) Toda pretendida vinculación de personas que no están en juicio será desconocida por el tribunal a términos de lo que se decidió en el acta 4 del 25 de abril de 2005 (acta 4, fls.178 a 184).

b) Por razón de lo anterior se excluyen, en forma total, las pretensiones de la demanda reformada tercera, sexta y octava, y en forma parcial la cuarta y novena, en ambos casos porque Teco Whole Sale Generation Inc., antes Teco Power Services Corporation, y Teco Energy Inc., no son partes ni terceros en este proceso.

c) Para lo que deba proveerse, se observa desde ahora que existen elementos comunes entre la cuarta pretensión de la demanda y la primera pretensión de la reconvencción. Sin embargo, la cesión a que se refieren ambas pretensiones, y entre los mismos cedente y cesionario, es calificada por la convocante como cesión de crédito, mientras que la convocada y reconviniendo afirma que se trata de una cesión de derechos litigiosos.

d) En conclusión, son partes en este proceso según los autos admisorios de que se da cuenta en los antecedentes, el Sindicato para la Electricidad de Colombia, Sintraelecol, y Grupo Interamérica L.C. como parte convocante (reconvenida), y TPS International Power Inc., como parte convocada (reconviniendo).

2. La competencia del tribunal.

En la oportunidad procesal correspondiente el tribunal asumió competencia para decidir esta controversia, decisión que debe revisarse en este momento por razón de que la convocada propuso, en la contestación a la demanda reformada (ps. 29 y 30), la “Excepción de falta de competencia”, con el argumento básico de que “el tribunal no puede pasar por alto el hecho de que la demanda incluye, entre sus fundamentos de derecho, el artículo 863 del Código de Comercio, que se refiere, en forma explícita, a la “etapa precontractual”. Es decir, los actores mismos entienden que varios aspectos de su demanda se refieren a una eventual responsabilidad precontractual” (subrayados, negrilla e itálicas del texto), lo que daría como resultado que el tribunal no es competente para conocer temas relacionados con una responsabilidad de naturaleza extracontractual.

Revisado una vez mas el texto de las pretensiones y los términos del negocio jurídico que les sirve de fundamento, el tribunal encuentra que la totalidad de la controversia gira alrededor de materias contractuales derivadas o dependientes de un preciso negocio jurídico, sin que sea suficiente para que prospere la duda que plantea la convocada, que en la demanda se haya invocado un texto normativo que reza con la responsabilidad extracontractual, como es el artículo 863 del Código de Comercio⁽²⁾.

La competencia que asumió el tribunal tiene un último control, que inclusive se refleja en el recurso de anulación del laudo, que es su “consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda”⁽³⁾ (subraya el tribunal), no con los fundamentos jurídicos que se invoquen en la misma, y en esta línea de rigor metodológico se mantendrá el laudo que ahora se profiere.

Lo expuesto es suficiente para que el tribunal confirme la competencia que se atribuyó en la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de lo que deba resolverse en las pretensiones de la demanda contra las que se propuso esta excepción, si a ello hubiere lugar.

3. Tacha de sospecha de un testigo.

La parte convocante tachó de sospechoso al testigo Richard Edwin Ludwig II, quien para la época de los hechos que dan lugar a esta controversia era representante de la convocada TPS International Power Inc. La tacha se contrae a que el testigo “se reunió ... con los abogados de TPSI para discutir sobre el contenido de su testimonio en este tribunal”, según lo consignado en la transcripción de la versión del testigo que obra a folio 298 del cuaderno de pruebas 10.

La tacha se propuso con fundamento en los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil. El segundo inciso del último artículo citado indica que, “Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia”, y que esos testimonios se apreciarán “de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

El tribunal considera que reunirse las partes y los apoderados con los testigos convocados por el tribunal en forma previa a sus declaraciones no es suficiente para articular una tacha como la propuesta. Lo que las normas probatorias quieren preservar es la “credibilidad e imparcialidad” del tercero que depone (CPC, art. 217), que por aquel solo hecho no desaparecen, sin perjuicio de que su versión sea sometida a una crítica mas rigurosa, según lo

que impongan “las circunstancias de cada caso” (art. 218, *ibídem*, *in fine*).

En este orden de ideas, la protesta de la parte convocante la tomará el tribunal como una reiteración de las prevenciones que la normativa probatoria le hace al juez, en estos casos. En consecuencia, en lo que resulte pertinente, este testimonio será valorado bajo los estrictos parámetros que corresponden cuando hay prueba de una relación e interés directo con una de las partes, circunstancia en la que también se encuentran otros testimonios rendidos en este proceso y respecto de los que se procederá bajo este mismo criterio.

4. Protestas sobre algunas pruebas documentales.

Los antecedentes dan cuenta de varias protestas de las partes relativas a determinadas pruebas documentales, punto sobre el que se considera:

a) El tribunal mantendrá la admisión e incorporación de documentos tal y como obra en los autos del plenario, y si alguna insatisfacción, protesta o constancia dejaron las partes relativas a esas decisiones, no se trata de cuestiones pendientes de definición. Esas salvedades se tomarán en cuenta como alegatos de las partes para la valoración concreta, a que haya lugar, de las piezas documentales cuestionadas.

b) Las partes tuvieron la oportunidad de confrontar en audiencia —y efectivamente lo hicieron— los documentos del plenario, incluidos aquellos sobre los que habían manifestado reservas, de cara a declarantes que los conocían, habían intervenido en su producción o los habían utilizado, con lo que el derecho de defensa y el principio de contradicción quedaron debidamente servidos respecto de esas piezas probatorias.

c) Las oportunidades para presentar o solicitar pruebas son perentorias y preclusivas, lo que no obsta para que las partes, de manera deliberada o no, introduzcan al proceso en forma inoportuna documentos que no han sido decretados como pruebas.

El debido proceso incluye el derecho a la prueba bien habida (C.P., parte final del art. 29), y si algún documento se encontrare en aquella circunstancia y pudiere prestar mérito para la convicción del tribunal, deberá ser excluido. Sin embargo, ese no es un análisis que deba hacerse sin este referente obligatorio, y lo que hubiere que proveer al respecto será materia de una valoración particular de la que podría surgir la exclusión de los documentos que se encuentren en aquellas circunstancias.

d) Para proferir este laudo el tribunal no echó de menos prueba documental alguna, de tal importancia, que hubiera podido justificar un decreto oficioso de última hora, ni las partes así lo manifestaron cuando fueron expresamente interpeladas al respecto al momento de cerrar el tribunal la instrucción de este proceso.

e) Lo que queda residualmente después de las anteriores verificaciones son alegatos de parte que, en cuanto resulten fundados y pertinentes, serán apreciados por el tribunal como colaboraciones que ellas deben a quien administre justicia y como expresiones de las cargas que les corresponden en la producción de la prueba y en el apoyo a la formación de la convicción de los árbitros.

5. La objeción por error grave a un peritaje decretado por el tribunal.

Por solicitud de la convocante el tribunal decretó dos peritajes y aunque sobre ambos las dos partes tienen insatisfacciones que pusieron de presente en sus respectivos alegatos de conclusión, la experticia valorativa, de carácter financiero, que estuvo a cargo de Carlos José Espinosa, se encuentra objetada por error grave por la parte demandante.

Para la contradicción de este último trabajo las partes utilizaron todas las oportunidades que la ley otorga para hacer efectivo ese derecho y, además, el tribunal apeló a sus facultades para ordenarle oficiosamente al experto una serie de análisis y revisiones adicionales a los que impone la ley, lo que no obsta para que al momento de proferir su decisión ese trabajo soporte insatisfacciones puntuales de ambas partes, como ya se expresó, y la objeción por error grave de la convocante, posición que se mantuvo en los alegatos de conclusión a los que la convocada agregó “experticios emitidos por... profesionales especializados” (CPC, art. 183), que, en cuanto resulten útiles para la ilustración del tribunal, tendrán el alcance de alegaciones de parte en los términos del cardinal 7 del artículo 238

del Código de Procedimiento Civil.

El tribunal ha estudiado nuevamente las razones en que funda la convocante su objeción y ha confirmado que se trata de meras insatisfacciones con la metodología de determinadas verificaciones y con la asunción de algunos presupuestos por parte del perito, así como respecto de la apreciación de otra prueba técnica⁽⁴⁾ que el auxiliar Espinosa tomó en cuenta, punto concreto de insatisfacciones en el que acaba coincidiendo con algunos reparos de la convocada a ese mismo trabajo pericial, aunque para fines distintos, por lo que de un análisis más detallado para proveer de mérito en esta ocasión, el tribunal no encuentra un error de la calidad que exigen las normas probatorias y procesales para que pudiera prosperar la objeción.

Los trabajos de “profesionales especializados” que ambas partes agregaron al expediente resultan suficientes para explicar otros puntos de vista, otras conclusiones, u otros resultados diferentes de aquellos a los que llegó el experto Espinosa, no porque hubiera incurrido en errores graves que pudieran viciar su estudio, sino porque creyó, dentro de las reglas de su oficio y de su personal experiencia, que esas eran las conclusiones que debía someter a consideración del tribunal, no como asesor de parte interesada sino en su calidad de auxiliar de la justicia.

Por lo expuesto, no prospera la objeción por error grave que acaba de analizarse, y no sobra recordar que esa no es la única pieza probatoria de este arbitraje, y que ella deberá analizarse como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en conjunto con las demás pruebas y “de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

6. La objeción a una experticia emitida por profesional especializado.

En este caso se trata del dictamen sobre cuestiones técnicas preparado por el profesional especializado Juan Carlos Echeverri, del que dan cuenta los antecedentes en el 5.4 (informes técnicos de expertos), entregado *motu proprio* por la parte convocada y reconviniendo al descender el traslado de las excepciones que propuso Sintraelecol contra la reconvención, trabajo que se presentó con fundamento en las facultades que ahora otorgan las normas probatorias, especialmente las previstas en las leyes 446 de 1998 (art. 10) y 794 de 2003 (art. 18), con consecuencias en el segundo inciso del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil.

La parte convocante formuló objeción por error grave a esta experticia (fls. 335 a 340 del cdno. ppal.) y en su alegato reiteró las razones que, en resumen, se contraen a una inadecuada asunción de “la situación fáctica que le sirvió de base y por la inaplicación de normas legales que regulan la materia” (alegato de conclusión, p. 75).

El tribunal considera que la objeción por error grave debe prosperar y ello no va a ocurrir porque el experto se haya equivocado, desde el punto de vista estrictamente matemático, en los cálculos y operaciones que presenta en su trabajo, sino porque asume unos presupuestos fácticos que riñen con la realidad. En efecto, el señor apoderado de TPSI buscó un experto para valorar los costos de la “pérdida de oportunidad” consistente en haber tenido que presentar el derecho de retracto mediante una demanda de reconvención en vez de haberlo hecho, solamente, a través de una excepción en la contestación de la demanda principal. El objeto de la valoración consistía en comparar los costos de las dos vías procesales, la demanda de reconvención o la excepción, y no como erróneamente lo hizo el experto, en imaginar un escenario irreal en que no existe la cesión ni el retracto (la eventual condena habría sido completa), y compararlo con otro en que ambos elementos están presentes (la eventual condena habría sido solo del 25%). A partir de esa equivocación, el experto llega a cifras que resultan inverosímiles como medida del mayor costo en que pudo incurrir la convocada.

El señor apoderado de TPSI conocía la cesión. Era un elemento que debía manejar en cualquier alternativa. Lo hizo primeramente a través de la demanda de reconvención porque no consideró procedente la excepción, y más tarde, en la réplica de la demanda reformada, a través de la excepción porque a su juicio era viable hacerlo. Planteó entonces la cesión y el retracto a través de las dos vías procesales. ¿Y si concluyó que así quedaba más nítida y fundada su posición, hubo pérdida de oportunidad? ¿Cuál fue su costo? Con argumentos iguales en los dos casos, pruebas iguales, oportunidad procesal igual (CPC, art. 400), ante el mismo tribunal, y con igual apoderado, el mayor costo no iba más allá de unas horas adicionales de trabajo, circunstancia precisa en la que el dictamen no ofreció ninguna ayuda al tribunal.

Los trabajos periciales, bien se trate de los que decreta el juez, o de los que pueden las partes agregar al plenario

dentro de oportunidades precisas, están concebidos en el derecho probatorio para auxiliar al juez o al árbitro en la formación de su convicción, no para introducir elementos de confusión, ni para que el experto intente ejercicios académicos improcedentes —y a veces exóticos— frente a las realidades fácticas plenamente verificadas por otros medios de prueba. El trabajo en mención, que el tribunal rechaza por error grave, constituye un lamentable *impromptus*, mucho más lamentable si, como lo expresa la parte que lo presentó, su autor parece gozar en el medio de un cierto reconocimiento por sus capacidades y trayectoria profesionales.

Por lo expuesto, si hubiere que apreciar de mérito el daño por el que se reclama en la demanda de reconvención, esta experticia no será tomada en cuenta, y por el origen del trabajo que se rechaza, nada debe proveer el tribunal respecto de los honorarios que hubiera podido devengar su autor.

II. Sinopsis del contrato que existió entre las partes.

Es evidente que tanto Sintraelec como Grupo Interamerica, por un lado, y TPSI, por el otro, han centrado parte de sus estrategias en la naturaleza del negocio jurídico que existió entre ellas, en la manera como pudo haberse alcanzado su finalidad, en el tipo de prestaciones a que habría dado lugar y sus alcances, por lo que el tribunal hará las precisiones al respecto que resulten estrictamente necesarias para proferir su decisión (CPC, art. 304).

El contrato que existió entre las partes obra en escrito del 17 de octubre de 1996, rotulado en forma escueta e inadecuada “convenio de confidencialidad”, en el que puede el intérprete encontrar, a partir de su tenor literal y sin ningún esfuerzo hermenéutico, que se trataba de un negocio jurídico completo, en firme, cuya validez y eficacia no están cuestionadas, que sin importar que sus prestaciones apuntaran a una finalidad eventual, aunque claramente determinada, ese mismo “convenio de confidencialidad” podía ser fuente o antecedente de otros negocios jurídicos ejecutivos u operativos, ellos sí, de la finalidad hacia la que apuntaban las prestaciones del negocio que suscribieron las partes el 17 de octubre de 1996.

En consecuencia, todo lo que pueda predicarse con carácter preliminar dentro de este negocio (el “Convenio de Confidencialidad”) debe entenderse en la perspectiva de otros negocios que podían surgir o no, dependiendo, todos ellos, de una decisión crucial que debía tomar TPSI hasta el 29 de noviembre de 1996 (claramente expresada en la consideración 3 de ese convenio⁽⁵⁾), de grado y complejidad mucho mayor que la que le correspondía a Sintraelec que, como quedó en evidencia en la declaración de su asesor Helmuth Gallego⁽⁶⁾, estaba negociando —y procurando el mayor lucro posible, inclusive a nivel de modestas canonjías personales—⁽⁷⁾ la privilegiada posición que tenía como miembro del sector solidario, estatus conferido directamente por la Constitución Política (art. 60), que le permitía el acceso a la privatización de las acciones que la Nación tenía en Termotasajero con determinados privilegios y ventajas, operación económica para lo que no contaba con los recursos dinerarios que implicaba la oferta correspondiente y que constituía, a la vez, un claro estímulo comercial en las estrategias de TPSI.

1. La Finalidad.

A partir del texto de la consideración 3, y analizado el clausulado contractual de manera sistemática y conforme a lo que corresponde a la naturaleza de este negocio jurídico (C. de Co., art. 871), el tribunal encuentra que la finalidad claramente perseguida por las partes contratantes era “negociar los términos de una asociación entre ambas entidades” para presentar una oferta por las “acciones que la Nación posee o llegue a poseer en Termotasajero S.A., ESP” (consideración 1), por lo que sometidas como estaban todas sus prestaciones al servicio de esta finalidad, no puede entenderse que ella quedó alcanzada el primer día de este negocio jurídico (el oct. 17/96), ni que iba a quedar convenida de manera informal o frívola, puesto que los compromisos propios de la asociación implicaban decisiones de mayor aliento y envergadura que los del propio “convenio de confidencialidad”.

El juez de una causa no puede interpretar la ejecución de un contrato a espaldas de sus propias circunstancias y sin tener en cuenta el preciso entorno del negocio económico⁽⁸⁾, y es en este punto en donde las reglas de experiencia⁽⁹⁾ enseñan que una operación económica de esta naturaleza, que apuntaba a una decisión empresarial de largo plazo (diez años), necesitaba predefinir las reglas del juego en aspectos que el mismo “convenio de confidencialidad” consigna y sobre los que nadie puede llamarse a engaño respecto de su importancia frente a la obtención de la

finalidad ya referida.

El contrato del 17 de octubre de 1996 menciona de manera expresa los siguientes aspectos críticos de esa operación económica: (i) “obtener del sector financiero internacional los recursos necesarios para adquirir las acciones” (consideración 3 y cláusula décima); (ii) “operar la planta y demás activos de propiedad de Termotasajero” (consideración 3); (iii) la definición de los contratos que le darían orden y forma jurídica a los anteriores aspectos económicos, como el “leasing sobre la planta y demás activos” (cláusula décima); (iv) el reembolso y servicio de la deuda que se adquiriría para pagar las acciones (cláusula décima); (v) la opción de compra sobre las acciones que adquiriría Sintralecol, a favor de TPSI (cláusula décima); y (vi), los negocios accesorios de garantía a favor de TPSI (cláusula décima), fuera de otros aspectos que venían impuestos por la naturaleza estatal de la empresa titular de la planta, o vinculados con el conflictivo tema de la sustitución patronal, y todo esto sin contar, todavía, con las dudas que a esas alturas (nov./96) tenía sin resolver el asesor jurídico que le daba apoyo en Colombia a TPSI⁽¹⁰⁾.

Es bien sabido que las reglas de interpretación del negocio jurídico son imperativas para el juez⁽¹¹⁾, esto es, que no se trata de simples recomendaciones o consejos que se le hubieran ocurrido al legislador, y en el caso que nos ocupa existe una ineludible coincidencia entre la finalidad, como tal, del “convenio de confidencialidad”, su texto escrito y la intención de los contratantes” por lo que, a términos de lo que ordenan los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, el tribunal se atenderá a esa incuestionable coincidencia en el análisis que habrá de hacer de las prestaciones concretas sobre las que debaten las partes, no solo respecto del documento contractual (“Convenio de Confidencialidad”) sino respecto de cualesquiera otros documentos o manifestaciones de voluntad de donde se pretenda extraer o deducir elementos definitorios de cualquier vicisitud de ese negocio jurídico.

2. Las obligaciones.

Siguiendo el hilo conductor que acaba de fijar el tribunal, fundado en normas interpretativas de carácter imperativo, se dispone de un instrumento metodológico que permitirá distinguir lo que constituye prestaciones connaturales al “convenio de confidencialidad”, frente a otras obligaciones de negocios propios de una asociación que podía lograrse o no, porque ambas partes debían ser conscientes de que tal asociación era una meta eventual que podía alcanzarse a más tardar el 29 de noviembre de 1996, y razonar de otra manera es partir del supuesto inverosímil de que las partes habrían acordado esa asociación, en firme, el 17 de octubre de 1996 (fecha del “Convenio de Confidencialidad”), o que ella se habría logrado en un momento en que estaban pendientes acuerdos y autorizaciones sobre aspectos fundamentales inherentes a esa probable asociación, que es el equívoco que rodea la reunión de las partes y sus asesores en la noche del 13 y 14 de noviembre de 1996.

Lo que constituye el núcleo esencial de las prestaciones propias del “convenio de confidencialidad” se resume en la obligación que asumieron ambas partes de “adelantar conversaciones y negociaciones” (que debían ser confidenciales y exclusivas), “encaminadas a llegar a un acuerdo sobre los temas y condiciones de una posible asociación entre TPSI y Sintralecol, conforme a lo establecido en el considerando número tres (3) anterior y en este convenio”, de acuerdo con lo que informa la cláusula primera del texto contractual en referencia (subrayas fuera del texto). En otros términos, el meollo de las obligaciones así pactadas eran prestaciones de hacer que, anticipando lo que el tribunal verificará más adelante, se cumplieron por ambas partes, siendo evidente el despliegue de recursos, de toda clase, que TPSI dispuso para esos efectos⁽¹²⁾.

Pari pasu con la ejecución de las anteriores prestaciones, el “convenio de confidencialidad” también da cuenta de los grandes temas implicados en “una posible asociación entre TPSI y Sintralecol” (nuevamente, cláusula primera) cuyo listado ya consigno el tribunal en páginas anteriores, que solo tenían sentido y utilidad en la medida en que se lograra el acuerdo sobre la asociación, pero cuyos términos esenciales debían quedar resueltos o definidos como presupuesto de la anhelada asociación, escenario en el que parece razonable plantear que ella podía verse frustrada de no lograrse la conformidad de ambas partes sobre estos negocios, precisamente ejecutivos y operativos de esa asociación, y es necesario registrar, en este momento, que las reglas de experiencia confirman que los hombres de negocios estructuran y ajustan sus colaboraciones interempresariales, o estas conjunciones de sinergias, con base en aquellas definiciones, precisamente.

La anterior sinopsis de la estructura, finalidad, clase de obligaciones y posibles coligaciones con otros negocios

jurídicos es suficiente para que el tribunal concluya que el “convenio de confidencialidad” tiene un alcance que desborda su rótulo, es un contrato que quedó perfeccionado el 17 de octubre de 1996, y que su interpretación y la valoración de la manera como las partes ejecutaron o entendieron sus prestaciones debe privilegiar la finalidad e intención claramente consignada en su texto, y no puede el intérprete, en este caso el tribunal, desatender la operación económica que constituía el objeto de este negocio jurídico.

Teniendo como guía las pautas hermenéuticas que se dejan sentadas, pasa el tribunal a resolver la controversia de las partes.

III. Caracterización jurídica de la ejecución del “convenio de confidencialidad”.

Para el estudio de las pretensiones de la demanda el tribunal tomará como referente básico el entendimiento conceptual y probatorio que de manera definitiva consigna el apoderado de la convocante en su alegato de conclusión, y tendrá como marco legalmente obligatorio de la congruencia de su decisión los hechos y pretensiones de la demanda, así como la réplica que encuentra en los similares o correlativos escritos de la parte convocada.

1. Convenio de intención.

Para fundar su primera pretensión, en el sentido de que TPSI incumplió las obligaciones que asumió por virtud del convenio celebrado el 17 de octubre de 1996, la parte convocante sostiene que tal convenio origina obligaciones propias de una promesa de contrato (página 16 de su alegato de conclusión).

Antes de analizar esta tesis de la demandante, conviene hacer una breve mención de lo que podría llamarse la regla básica de la hermenéutica, según la cual si en un contrato la intención de las partes es conocida, y además el texto es claro y refleja esa intención, el intérprete no puede alejarse del texto contractual. Para poder separarse del texto y acudir a la intención, a fin de estar más a esta que a lo literal de las palabras conforme al artículo 1618 del Código Civil, y llegar así a determinar el querer real de las partes, es indispensable no solo que la intención de los contratantes sea conocida claramente sino además que difiera de las palabras. Si no hay discrepancia entre la intención conocida de los contratantes y el texto empleado por los mismos para hacer constar los derechos y prestaciones que buscan generar con su convención, no es dable prescindir del texto, no ya para consultar la intención porque es coincidente, sino para elaborar o deducir una intención que resulte discrepante. Este proceder pondría en peligro la norma esencial de la contratación privada, consagrada entre nosotros en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, según la cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y obliga a lo que en él se expresa.

Sea lo primero decir que el tribunal no encuentra discrepancia entre la intención de las partes, expresada claramente en el contrato suscrito el 17 de octubre de 1996, y las palabras empleadas en su redacción. Y de ese texto, unívoco con la intención, no puede deducirse que el convenio constituya una promesa de contrato, y todo ello sin perjuicio de la coincidencia que ya destacó el tribunal, en este preciso caso, entre la intención de las partes y la finalidad del contrato.

La esencia de la promesa de contrato no es otra que la obligación que asumen los prometientes contratantes de celebrar el contrato prometido. Se necesitan desde luego los elementos contemplados en el artículo 1611 del Código Civil, como que conste por escrito, que contenga un plazo o condición o que el contrato quede suficientemente determinado, pero lo esencial, sin lo cual no puede hablarse de promesa, es la obligación, el vínculo coactivo, de celebrar el contrato prometido.

El texto del convenio del 17 de octubre de 1996 no contiene la obligación de celebrar otros contratos. Su objeto es el usual de los documentos que solamente hacen constar la intención de llegar a una forma contractual, aún no vinculante, aunque originen obligaciones preparatorias diferentes. La redacción empleada así lo indica: “Las partes se comprometen a iniciar y adelantar conversaciones y negociaciones confidenciales y exclusivas encaminadas a llegar a un acuerdo sobre los términos y condiciones de una posible asociación...” (se subraya).

La intención misma de las partes fue expresamente consignada en la tercera consideración previa al clausulado del contrato: “3. Que es la intención de TPSI y Sintraelecol San Cayetano negociar los términos de una asociación

entre ambas entidades, encaminada a obtener del sector financiero internacional los recursos necesarios para adquirir las acciones objeto de la oferta descrita en el punto anterior, y a operar la planta térmica y demás activos de propiedad de Termotasajero S.A. ESP” (se subraya).

La intención de negociar (“iniciar y adelantar conversaciones y/o negociaciones... encaminadas a llegar a un acuerdo... sobre los términos de una posible asociación...”) fue el objeto exclusivo de este contrato. No iba más allá, aunque tampoco quedaba corto en cuanto imponía a las partes conversar y negociar, bajo un nítido ambiente de confidencialidad y exclusividad, los términos en que podrían celebrarse los contratos que harían realidad la intención manifestada por las partes. Estos contratos ulteriores serían enteramente independientes del convenio de intención, aunque en este encontrarían su origen, y solo serían celebrados si así lo decidían las partes con fundamento en las conversaciones y negociaciones que adelantarán. En este preciso sentido las partes expresamente acordaron que las negociaciones o cualquier otra transacción comercial resultantes del convenio “estarán sujetas en todo caso a la negociación, firma y cumplimiento de otros contratos definitivos e independientes”, y que la aceptación de los términos o condiciones que se propongan dentro de tales contratos “estará sujeta únicamente a la discrecionalidad de cada una de las partes y no será obligatoria” (se subraya).

Las frases y terminología del convenio, especialmente en lo referente a los acuerdos preliminares (cláusula décima), confirman la naturaleza del mismo como documento de intención, o tratativa precontractual escrita, como lo denominarían algunos doctrinantes, sin perder su propia autonomía, completividad y firmeza: “El acuerdo preliminar a que han llegado las partes, sujeto a las aprobaciones internas requeridas para cada parte, que se formalizaría en los documentos correspondientes, es el siguiente... TPSI a través de una entidad financiera internacional, concedería un crédito... Sintraelecol San Cayetano establecería a favor de TPSI una prenda... las partes celebrarían, directa o indirectamente a través de una compañía afiliada, un contrato de leasing...” (subraya el tribunal). El texto solo prescinde de las formas condicionales respecto del derecho de preferencia para adquirir las acciones de Termotasajero que posea el Sindicato, que en sí misma es una obligación condicional, y respecto de las visitas a la planta y a la Sala de Información, y del pago de honorarios, que son obligaciones cuyo objeto está más en facilitar los estudios y las conversaciones que en compromisos de negociación.

Para el tribunal queda entonces clara la naturaleza del convenio celebrado el 17 de octubre de 1996. Fue un contrato o convenio, que generó obligaciones de hacer, preparatorias y condicionantes de una posible asociación que sería luego estructurada mediante la celebración de otros contratos definitivos e independientes.

Sobre la identidad de este contrato con lo que para muchos autores son las tratativas precontractuales escritas, el tribunal considera de interés transcribir los siguientes apartes de un estudio del tratadista argentino Rubén Stiglitz:

Su contenido (el de las tratativas) varía según la función económico-social del contrato, que tal vez se celebre. Si presenta un relevante interés económico para ambas partes, es más probable que las negociaciones se extiendan en el tiempo y sean intensas. Si no es así, como por ejemplo la prestación de servicios profesionales, generalmente suelen ser breves y, en ocasiones, innecesarias.

Se las identifica por el accionar positivo que realizan quienes participan en ellas, consistente en la formulación de interrogantes o sondeos que se realizan para obtener respuestas (información); enunciación de necesidades (información) a los fines de verificar, si es factible, que una ulterior contratación satisfaga su interés contractual; envío de ofertas, pedido de precisiones, discusiones, contraofertas, etc.

En el curso de las tratativas, que pueden ser escritas o verbales, las partes discuten no solo las condiciones económicas del acuerdo sino, además, el contenido de los preceptos de autonomía que habrán, eventualmente, de vincularlas. Intentan alcanzar, finalmente, una regulación que satisfaga la exigencia de ambas, que predominantemente es factible en virtud de renunciaciones recíprocas. En suma, se intenta alcanzar el equilibrio deseado. Si se lo logra, el contrato se perfecciona porque las partes habrían alcanzado una declaración de voluntad común. Caso contrario, si las tratativas fracasan, se frustra la posibilidad de concluirlo.

Básicamente permiten, al cabo, un juicio de valor en torno de la conveniencia o no del perfeccionamiento del contrato.

Aun cuando exista una propuesta, salvo las tres hipótesis reguladas por el artículo 1150 del Código Civil, mientras no esté aceptada, tal como ha sido enunciada, subsiste la etapa de tratativas. Ello significa, en principio, no solo que el contrato aún no se ha formado, sino que las partes conservan la libertad de sustraerse a la continuación de las negociaciones.

O dicho con otras palabras, las ofertas y contraofertas que preceden a la conclusión del contrato, sobre las cuales no haya recaído el consentimiento de las partes —las tratativas o “pourparlers” de la negociación—, no tienen efecto vinculatorio si la convención concluida se aparta de ellas o no las menciona.

(...).

En esta etapa las partes se deben, recíprocamente, lealtad y corrección, pues ambas tienen razones para creer y confiar en la otra, especialmente que las negociaciones se desenvuelvan seriamente, con diligencia y sin mala fe configurativa del dolo, positivo o negativo⁽¹³⁾.

Por lo expuesto, siendo el “convenio de confidencialidad” un negocio jurídico escrito, en firme o definitivo, es claro que de manera simultánea reglaba las tratativas encaminadas a la decisión de otro negocio de mayor complejidad y envergadura, como lo era la asociación a que se refieren la consideración 3 y la cláusula primera, sin que pueda deducirse o concluirse que se trataba de una promesa de contrato, y todo ello sin perjuicio de que, en cuanto negocio jurídico autónomo e independiente, ese “convenio de confidencialidad” hubiera tenido sus propias tratativas preliminares asunto que dejó bien claro el abogado asesor de Sintraelecól en su declaración⁽¹⁴⁾.

2. Los acuerdos preliminares.

Desde un ángulo opuesto, el señor apoderado de la convocante busca la configuración de obligaciones propiamente contractuales a partir de los acuerdos logrados sobre los elementos que llama concretamente esenciales del negocio. Porque a su juicio se reguló lo relativo al monto, término, tasa y amortización del préstamo; se establecieron las obligaciones de constitución de la prenda; se convino que se celebraría un contrato de leasing; se puntualizó el trabajo de operación y mantenimiento de la planta; se reguló lo relativo a la prenda sobre el establecimiento de comercio, hipoteca sobre los inmuebles de la planta, manejo de empleados (pág. 43 de su alegato).

El texto del contrato no contiene la obligación de celebrar los contratos de crédito, de prenda o de leasing —tampoco obligaciones en cuanto a la operación de la planta, la prenda sobre el establecimiento de comercio, la hipoteca sobre inmuebles o el manejo de empleados— y por ello, como se viene comentando, no es una promesa de contrato.

Los acuerdos a que llegaron las partes en sus conversaciones, y los borradores de contratos, fueron precisamente el objeto del convenio de intención, por el que las partes se obligaron a “adelantar conversaciones y negociaciones confidenciales y exclusivas encaminadas a llegar a un acuerdo sobre los términos y condiciones de una posible asociación...” (se subraya).

Además, debe recordarse, ninguno de aquellos contratos fue suscrito por las partes, ni formalizado de la manera como lo exige el parágrafo de la cláusula primera del convenio.

Pero si se presentara o subsistiera duda por alguna circunstancia, y esa duda pudiera plantear, así fuera de manera teórica, la obligatoriedad alegada por el apoderado del Sindicato, se impondría la aplicación de los artículos 1621 y 1622 del Código Civil, que prescriben la interpretación sistemática de los contratos. En virtud de ellos debe aplicarse la interpretación que más se acomode a la naturaleza del contrato y al conjunto total de sus cláusulas, comparadas unas con otras. De este modo aquella duda tendría que aclararse acudiendo a la totalidad del contrato y a su naturaleza. En el caso concreto el conjunto del contrato y su naturaleza corresponden a un documento de intención, o tratativa escrita, generador o generadora de obligaciones, como se desprende de la mayoría de sus normas: sus consideraciones previas, especialmente la número 3º que consagra la intención de las partes; las cláusulas sobre exclusividad, reserva y confidencialidad, en particular la cláusula tercera que las puntualiza y delimita; las cláusulas que obligan a las partes a suministrarse información; la previsión de usar la información recogida exclusivamente para ayudar a las partes “a tomar una decisión independiente, basada en sus propios

análisis, investigación, examen, inspección y entrevistas con base en los cuales determinar si es posible o no realizar el objeto establecido en la cláusula primera de este convenio”; el énfasis en que es responsabilidad de las partes “verificar la información, analizarla y adoptar de manera absolutamente independiente las decisiones que en desarrollo del objeto del presente convenio se tomen”, y la redacción condicional de las cláusulas sobre los contratos que serían celebrados. Todas estas normas guardan entre sí coherencia y concordancia, e indican claramente el alcance del convenio como acuerdo de intención.

Así las cosas, cualquier duda que pueda surgir, o que quiera hacerse surgir, en relación con los acuerdos preliminares a que llegaron las partes respecto de los contratos de crédito, de prenda, de leasing, de mantenimiento de la planta, de hipoteca sobre los inmuebles, entre otros, debe decidirse en el contexto de que tales acuerdos no van más allá de indicar el diligente trabajo cumplido en desarrollo de la obligación resultante del contrato de adelantar conversaciones y negociaciones que pudieran conducir a la asociación de las partes para el negocio proyectado. Otra interpretación que redundara en la obligatoriedad de cumplir eventuales prestaciones derivadas de los acuerdos preliminares antes de la conclusión definitiva del negocio, sería indebida porque iría contra las reglas de los artículos 1621 y 1622 citados, inspirados en el principio de la concordancia, que impone ir a lo que más se acomode a la naturaleza del contrato y al conjunto total de sus cláusulas.

3. La “integración” del convenio.

En otro capítulo de su alegato de conclusión(15) el apoderado del Sindicato concluye que la cláusula décima del convenio, unida a los acuerdos preliminares de las partes sobre los contratos que darían estructura a la asociación (mutuo, prenda, leasing, etc.), unida luego a los documentos y memorandos elaborados a partir de la firma del contrato, y unida finalmente a los acuerdos logrados en la reunión de los días 13 y 14 de noviembre, constituye un conjunto de acuerdos progresivos que conformó la alianza estratégica proyectada por las partes y en su conjunto integró el entero contenido del contrato.

El tribunal participa de la tesis de la formación progresiva del contrato, pero dentro de sus exactos límites y alcances. Las partes debían “adelantar conversaciones y negociaciones confidenciales y exclusivas encaminadas a llegar a un acuerdo sobre los términos y condiciones de una posible asociación”, y en el cumplimiento de su obligación fue preciso integrar progresivamente los elementos que harían posible “la negociación, firma y cumplimiento de otros contratos definitivos e independientes”, cuya aceptación en sus términos y condiciones quedaría “sujeta únicamente a la discrecionalidad de cada una de las partes y no será obligatoria”.

Las partes progresivamente integraron los elementos necesarios para poder decidir si participaban o no en la asociación, pero esta decisión, en los términos contractuales, fue desde el principio un acto discrecional. Ese es el alcance de la integración progresiva en el caso concreto sometido al tribunal, alcance que no puede extenderse al extremo de hacer obligatorio el conjunto de lo que iba integrándose, así pudiera considerarse como completo o suficiente. Puede entonces decirse que se integró el contrato celebrado el 17 de octubre de 1996 y así alcanzaron las partes lo que se propusieron para poder tomar luego la decisión de su conveniencia; pero no se integró nada que por sí solo, sin ulterior manifestación de las partes (“negociación, firma y cumplimiento de otros contratos definitivos e independientes”) resultara obligatorio para ellas. El convenio del 17 de octubre no daba para ello.

4. La definición del negocio objeto de la intención.

Partiendo del alcance erróneo que se acaba de explicar, la convocante sostiene que en la reunión del 13 de noviembre el presidente de TPSI, Richard Ludwig, le manifestó al presidente del sindicato que la negociación había quedado concluida (pág. 5 de su alegato), y agrega que esta manifestación era definitiva habida cuenta de que según el certificado de existencia y representación legal los representantes de TPSI en la reunión del 13 de noviembre no necesitaban autorización de nadie para contratar (pág. 18 del alegato), y de que en ninguno de los acuerdos se dijo que estos estaban sujetos a la aprobación de una junta directiva y menos de un tercero como es Teco Energy (pág. 19 del alegato).

Sobre las expresiones del señor Ludwig al término de la reunión de los días 13 y 14 de noviembre las partes discrepan abiertamente. El apoderado de la convocante dice en su alegato (pág. 46) que Ludwig le dijo al presidente del Sindicato, Iván Eduardo Guerrero, “que toda la negociación había quedado concluida

exitosamente”, mientras el apoderado de la convocada recuerda que el señor Ludwig al final de la reunión “le dio la mano al representante del Sindicato y, utilizando palabras de cortesía, le dijo que le había dado mucho gusto en conocerlo”, y agrega: “no es verdad que le hubiese manifestado a Guerrero que toda la negociación había concluido exitosamente. Ludwig no estuvo en toda la reunión. Ni Ludwig habla castellano ni Guerrero habla inglés: no podía haber ninguna comunicación sustancial entre las dos personas” (pág. 31 de su alegato).

De las declaraciones de los señores Ludwig, Anderson, Villa, Smoak y Dorsey puede deducirse que para ellos era claro que se requería una autorización a niveles más altos que el de Ludwig. Inclusive Smoak en su declaración, después de afirmar que “ningún proyecto se puede realizar sin la aprobación de la junta”, manifiesta que todos estaban esperando una decisión de la administración de las empresas que debía tomarse el 23 de noviembre. Pero además, para nadie era secreto que la cláusula décima del contrato sujetaba los acuerdos preliminares “a las aprobaciones internas requeridas para cada parte”. Así las cosas es más verosímil que las frases de Ludwig —que sabía de la necesidad de la aprobación superior— no fueran conclusivas del negocio sino más bien de simpatía por el trabajo que venía haciéndose. Por lo demás, las reglas de experiencia, como ya se expresó en otra parte del laudo, llevan a asumir que la decisión final y definitiva sobre la “operación económica” implicada en la eventual asociación debía tomarse de otra manera, al menos con mayor claridad para todos⁽¹⁶⁾.

Hay dos actuaciones del asesor del Sindicato que corroboran la idea de que en la reunión del 13 y 14 de noviembre no se tomó la decisión definitiva: una se refiere a las reuniones con inversionistas distintos de TPSI realizadas el 15 de noviembre, y la otra a que el asesor Hermuth Gallego, muy cuidadoso tratándose de sus honorarios, como debe ser, nunca cobró la segunda mitad que había quedado pendiente de pago hasta la conclusión del negocio.

En el mismo orden probatorio llaman la atención del tribunal dos circunstancias que sugieren similar evidencia de que en la famosa reunión no se tomaron decisiones definitivas ni conclusivas. Una, el hecho de haber excluido a los abogados de las partes, a quienes les hubiera correspondido, de estar cerrándose el negocio, un rol de importancia —los aspectos legales del cierre— que presumiblemente no podría desempeñarse a cabalidad por otras personas; y la otra, el hecho de no haber tratado en la reunión los temas objeto de los estudios que venían cumpliéndose (préstamo, prenda, hipoteca, arrendamiento, etc.) como se deduce del memorando elaborado por Juan Carlos Villa y de su testimonio, por ejemplo.

De otro lado, por encima si se quiere de estas evidencias, hay una perentoria: la brevedad de los términos del contrato, como en seguida se analiza.

5. Tiempo para la definición.

En otro orden de pensamiento, ahora asumiendo la ruptura intempestiva del contrato, el señor apoderado de la convocante dice que TPSI no dio aviso de terminación del acuerdo pasados los 20 días iniciales (pág. 23 de su alegato) y por ello habría de considerarse obligada a asumir las consecuencias de su actitud irregular.

El convenio de confidencialidad previó términos demasiado breves, que además comprometían a las partes hasta más allá de la fecha de cierre de la licitación de las acciones. Entre la fecha del convenio (oct. 17) y la fecha de presentación de las ofertas (nov. 29) solo transcurrirían 42 días. Haber aceptado términos tan breves, y sobretodo términos que sobrepasaban la fecha de presentación de ofertas, implicaba en la práctica la renuncia a identificar y estudiar otras propuestas y, por tanto, cada parte quedaba exclusivamente en manos de la otra para la decisión final. “El Sindicato se estaba jugando la vida”, dijo Helmuth Gallego en su declaración, con referencia precisamente a la exclusividad que se estaba acordando (p. 14 de su testimonio).

Las mismas circunstancias de brevedad de los términos y de vigencia del convenio por encima del lapso que faltaba para el cierre de la licitación, significaron que cualquiera de las partes, hasta el día mismo de la licitación —teóricamente aún con posterioridad— podría decidirse por la negativa a formar la asociación.

No hubo utilización de la facultad de terminación anticipada del convenio, pactada en la cláusula séptima. Ninguna de las partes manifestó a la otra en ningún tiempo su decisión de no seguir estudiando los términos y bases de la asociación y por tanto su decisión de dar por terminado anticipadamente el convenio de intención. El convenio mantuvo su vigencia de dos meses, dentro de los cuales una de las partes, TPSI, decidió lo que a su juicio mejor le

convenía. La distinción es sutil pero profunda: terminar el convenio anticipadamente mediante preaviso escrito a la otra parte habría significado cesar en las conversaciones y negociaciones encaminadas a llegar a un acuerdo, sin que, desde luego, se hubiera tomado decisión alguna sobre el negocio objeto del acuerdo. Simplemente se dejaba de estudiar el posible acuerdo. Haber manifestado, en cambio, la decisión de no hacer el negocio, como ocurrió en el caso que se examina, es llegar a uno de los extremos implícitos en el convenio después de haber estudiado los elementos del negocio hasta un nivel que permitió la decisión negativa.

Es de anotar, sin embargo, que aún si una de las partes hubiera hecho uso de la prerrogativa de dar por terminado el contrato anticipadamente y no continuar los estudios y análisis de la posible asociación, sin tomar decisión puntual sobre la misma, por la brevedad de términos los efectos habrían sido similares a la negativa dentro de la vigencia: el plazo de 20 días que debía transcurrir para terminarlo —en la hipótesis un tanto extrema de tomar la decisión de no continuar, digamos una semana después de la firma del convenio— más los 10 días de preaviso, llevaban la fecha al 23 de noviembre, solo 6 días antes del cierre de la licitación.

No puede plantearse incumplimiento del convenio por no haber otorgado el préstamo ni celebrado la asociación proyectada. El convenio consistía precisamente en “adelantar conversaciones y negociaciones confidenciales y exclusivas encaminadas a llegar a un acuerdo sobre los términos y condiciones de una posible asociación...” y no en hacer la asociación. Ambas partes adquirieron el derecho de no celebrar la asociación y para ejercerlo fijaron los dos meses de vigencia del convenio (hasta el dic. 17/96) aunque era claro que, en términos de probabilidad, antes de este término, el día del cierre de la licitación (nov. 29), se habría definido el negocio.

Desde otro punto de vista, un convenio por tan corto término, aceptado y suscrito sin salvedades ni restricciones por las partes, no podía dar tiempo sino para las actuaciones discrecionales previstas en él. O se celebraba la asociación mediante el otorgamiento del préstamo en los pocos días útiles para hacerlo, o no se celebraba. “Lo toma o lo deja”, se diría coloquialmente. No había más oportunidad y así lo sabían bien los contratantes.

No obra en el proceso prueba alguna de que el Sindicato hubiera entendido entonces algo diferente. No hay prueba de que por la época hubiera pedido explicaciones, o intentado cambiar la decisión de TPSI, o alegado incumplimiento o perjuicio. Consta en declaraciones de testigos, en cambio, que se presentó a la licitación sin hacer los aportes y a pesar de su argumento de no ser necesaria la consignación para participar en la licitación, no fue favorecido.

IV. El deber de diligencia y buena fe. Las razones para no celebrar la asociación. Conclusiones sobre las pretensiones de Sintraelec.

El convenio de confidencialidad, que como queda expuesto es una tratativa escrita o acuerdo de intención, encaminado a lograr una asociación, generó obligaciones que debían ser cumplidas por las partes que lo suscribieron el 17 de octubre de 1996. Por eso mismo, como se puntualizó atrás, el convenio es un contrato autónomo, completo y definitivo.

1. Las obligaciones nacidas del convenio.

Todas las obligaciones nacidas del convenio son iguales para las dos partes, lo que subraya una vez más el contenido de la intención vertida en su texto en el sentido de avanzar los contratantes en la misma senda de negociación hasta culminar en la definición del negocio proyectado.

La obligación principal surgida del convenio consistió en “iniciar y adelantar conversaciones y negociaciones confidenciales y exclusivas encaminadas a llegar a un acuerdo sobre los términos y condiciones de una posible asociación” para obtener los recursos necesarios con el fin de adquirir acciones de Termotasajero. Para el cumplimiento de esta obligación las partes debían emplear la necesaria diligencia para que las conversaciones y negociaciones se adelantaran con base en estudios serios y en el conocimiento progresivo de los diferentes elementos de la posible asociación. Esta obligación de diligencia fue entonces derivada de aquella principal y en la misma quedó comprendida no solo la conducta de las partes en el desarrollo global del contrato sino, además, una amplia gama de estudios técnicos, análisis económicos y financieros, minutas de contratos, evaluación de garantías, proyecciones de ventas, y por supuesto visitas y comprobaciones sobre el terreno de parte de expertos en

diferentes actividades.

En forma expresa las partes se obligaron a otras prestaciones complementarias, entre las cuales pueden sintetizarse las siguientes, sobre cuyo cumplimiento no hay censura de las partes, salvo algunas excepciones sin consecuencias procesales porque no formaron parte de las pretensiones de la demanda, ni de las de la reconvención:

- Suministrarse entre sí el “Memorando de Información”, los reglamentos de venta y adjudicación de acciones de Termotasajero, los datos y las informaciones sobre el proceso de enajenación de acciones de propiedad de la Nación, y los materiales disponibles en la sala de información existente para adelantar el proceso;
- No adelantar conversaciones y/o negociaciones con terceros respecto del objeto del convenio;
- Mantener estricta reserva sobre el objeto, contenido, términos de ejecución, cumplimiento y desarrollo del convenio;
- Abstenerse de todo anuncio público relativo al convenio o a cualesquiera documentación, información o estudio que las partes intercambien o preparen;
- Informar a sus empleados, asesores y representantes sobre la naturaleza confidencial de la información protegida por el convenio;
- Utilizar las informaciones confidenciales solamente con el propósito de ayudar a las partes a tomar una decisión independiente basada en sus propios análisis, investigación, examen, inspección y entrevistas;
- Dar aviso inmediato una parte a la otra si por orden de autoridad judicial se ve aquella obligada a divulgar total o parcialmente el contenido de la información protegida en el convenio.

2. La diligencia y la buena fe.

Para el cumplimiento de la obligación esencial nacida del contrato (“iniciar y adelantar conversaciones y negociaciones confidenciales y exclusivas encaminadas a llegar a un acuerdo sobre los términos y condiciones de una posible asociación”) las partes estaban obligadas a emplear una conducta diligente y de buena fe.

Desde ángulos diferentes y para conclusiones distintas, las dos partes subrayan en sus argumentaciones la intensa actividad desplegada en el corto tiempo de vigencia del convenio, especialmente de parte de TPSI. Visitas, estudios, análisis técnicos y económicos, minutas de contratos, numerosas reuniones, memorandos, en fin, fueron actividades cumplidas por muchos funcionarios y asesores de la convocada, normalmente, según testimonios no controvertidos, con presencia de funcionarios o representantes del Sindicato.

El Sindicato señala incumplimientos de TPSI pero los relaciona con los contratos preliminares (mutuo, prenda, arrendamiento, leasing, etc.), cuya celebración y cumplimiento, por lo expuesto atrás, no fueron nunca obligación derivada del contrato sino que iban a ser contratos ejecutivos u operativos de la proyectada asociación.

En cuanto al deber de diligencia y buena fe a cargo de TPSI, el Sindicato censura lo que denomino “*venire contra factum proprium*”. En varios apartes de su alegato de conclusión el señor apoderado de la convocante plantea la tesis de haber sido creado por TPSI un ambiente de confianza legítima en la realización del negocio, ambiente al cual contribuyeron varios hechos entre los que menciona la intensa actividad desplegada, la aceptación del negocio en la madrugada del 14 de noviembre de 1996, la carta de esta fecha designando miembros del comité operativo, y la redacción de los contratos prometidos. A su juicio, en ese ambiente el desistimiento del negocio implicó el desconocimiento de la regla que proscribe ir contra los propios actos.

Como está dicho, no puede plantearse incumplimiento del contrato por no haberse celebrado la asociación proyectada, que era uno de los extremos a que tenía derecho cada una de las partes. La carta enviada por el señor Smoak al Sindicato después de la reunión del 13 y 14 de noviembre se refiere solo a la designación de quienes venían actuando en las negociaciones como miembros de un comité ejecutivo de operaciones que se encargaría de dar apoyo administrativo una vez se hubiese realizado la compra de Termotasajero por parte del Sindicato. Hay varios testimonios coincidentes en que la carta fue solicitada por los propios negociadores del Sindicato con el fin

de informar a sus bases, y no para confirmar una aceptación, que por lo demás no contiene. Para que el tribunal pudiese tomarla como confirmación tendría que encontrar en ella frases alusivas a la aceptación, o por lo menos referencias a la conclusión del negocio, o al modo como habrían de ejecutarse las actuaciones que darían realidad al negocio. Participa por ello el tribunal de la conjetura del apoderado de TPSI en el sentido de que un negocio tan cuantioso, acompañado de un arrendamiento de largo plazo, y de prendas e hipotecas, y de compromisos laborales y administrativos, no se confirma mediante una comunicación como la del señor Smoak de fecha 14 de noviembre, conclusión que resulta ratificada por las reglas de experiencia, tal y como el tribunal ya lo expuso en páginas anteriores.

Ni la mencionada carta, ni la actividad desplegada en estudios, análisis y comprobaciones, preparación de minutas y labores similares (todo lo cual formaba el objeto del convenio), ni menos aún la actitud del presidente de TPSI en la madrugada del 14 de noviembre, pueden entenderse como conclusivas del negocio; esas tareas y actitudes, como quedó sentado en párrafos anteriores, solamente fueron elementos para permitir a las partes decidirse por conformar la asociación o desistir de ella, y mal puede afirmarse que desistir del negocio después de las investigaciones y estudios realizados para tener suficientes elementos de juicio, sea actuar contra actos propios, o constituya un desconocimiento de la confianza de haber concluido el negocio cuando en realidad la única confianza que pudo crearse fue la de estar las partes adelantando estudios y análisis para ver si les convenía asociarse o no. No encuentra entonces el tribunal lesión alguna del deber de buena fe y diligencia en la actuación de TPSI.

De su lado el señor apoderado de la convocada señala también incumplimientos del Sindicato, y en concreto menciona los siguientes: la obstaculización de las negociaciones por parte del asesor Helmuth Gallego con motivo del pago de sus honorarios; la falta de información acerca del daño en el rotor del generador de la planta; la demora en permitir el acceso al “cuarto de datos”, y el haber propiciado y tenido reuniones con posterioridad al 14 de noviembre con otros inversionistas, lo que le estaba vedado por el contrato hasta el término de su vigencia. Sin embargo el tribunal se abstiene de comentar estos casos de incumplimientos del Sindicato porque no forman parte de ninguna de las pretensiones de la demanda, ni de la reconvención.

En cuanto al deber contractual y legal de obrar de buena fe, ahora referido al Sindicato, TPSI en sus pretensiones de reconvención solicita que “se declare que el Sindicato, al abstenerse de informar de modo completo sobre la cesión de derechos litigiosos” en su demanda inicial, incumplió el deber contractual y legal de obrar de buena fe, derivado del acuerdo celebrado el 17 de octubre de 1996 con TPSI en concordancia este con el numeral 1º del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil”. Este tema será tratado por el tribunal más adelante, con ocasión del análisis de la demanda de reconvención.

3. Las razones para no celebrar la asociación.

La doctrina es unánime en que si a lo largo del proceso precontractual una de las partes induce en error a la otra, o le causa perjuicio por su descuido o su actuación indebida, surge una responsabilidad que debe atenderse con miras al resarcimiento, por ser un acto desleal, contrario a la buena fe y a la diligencia debidas. No es, en manera alguna, esta posición doctrinal contradictoria con las ideas centrales de que la tratativa no es vinculante más que para los deberes de la discusión y estudios previos a la contratación, y de que la celebración del contrato proyectado, hasta ahora en etapa de gestación, no es obligatoria. Se trata solamente de la reiteración del principio de que el daño causado con imputabilidad es resarcible, cuya aplicación práctica al caso de las tratativas precontractuales puede sintetizarse diciendo que la ruptura genera responsabilidad si es el fruto de una actuación culposa o dolosa, si además genera un daño consecuente, y no se ha previsto como un derecho libre de las partes.

Conviene entonces terminar este capítulo del laudo, como conclusión de la sinopsis hecha del contrato y de las obligaciones generadas por él, y no obstante estar previsto en su texto que la aceptación de la asociación quedó sujeta únicamente a su decisión (las negociaciones “estarán sujetas en todo caso a la negociación, firma y cumplimiento de otros contratos definitivos e independientes”, y la aceptación de los términos o condiciones que se propongan dentro de tales contratos “estará sujeta únicamente a la discrecionalidad de cada una de las partes y no será obligatoria”), conviene terminar, decimos, con la opinión evaluativa del tribunal sobre las razones conocidas que llevaron a TPSI a su decisión negativa.

El tribunal encuentra que las razones de TPSI, traídas al proceso mediante numerosos testimonios coincidentes, fueron reales, serias y determinantes. Además conocidas por todos sin necesidad de averiguaciones o revelaciones. Cualquiera de ellas, y por supuesto el conjunto, habría actuado en cualquier empresario prudente como óbice significativo del negocio. Basta para demostrarlo la sola mención de las cuatro que a juicio del tribunal, aparte de ser objetivas, parecen las más importantes:

- Colombia había sido descertificada por los Estados Unidos, lo que además de la nota negra en sí, impedía la obtención de seguros por riesgos políticos;
- La planta estaba situada en una zona roja, con serios problemas de orden público;
- Se acababa de variar la organización del mercado de electricidad, y se carecía entonces de experiencia en relación con su funcionamiento;
- No había suficiente tranquilidad por el hecho de ser el socio un sindicato, ni claridad acerca de cómo se manejarían las relaciones laborales compartiendo al mismo tiempo la dirección de la empresa con la entidad solidaria.

Para el propio Sindicato, observa el tribunal en la distancia del tiempo transcurrido, estas razones habrían constituido motivo de preocupación, e inclusive razón suficiente para una decisión adversa, porque también para él resultaban claros los riesgos políticos, los peligros de la violencia en la zona, la incertidumbre de las nuevas reglas del mercado de la electricidad y la dificultad de manejar el conflicto de intereses por la ambivalencia laboral y directiva.

4. Conclusiones del tribunal sobre las pretensiones de la demanda.

Por las razones expuestas no prosperan las pretensiones de la demanda. No fue probado incumplimiento alguno por parte de TPSI de las obligaciones nacidas del convenio de confidencialidad, entendido en la forma como el tribunal ha precisado, que no es otra que la que surge de su texto claro. No puede hablarse de incumplimiento de los contratos que al tiempo de tomar la decisión negativa aún estaban en el período preparatorio y sin formalización alguna. No era preciso alegar motivos para una decisión negativa porque era discrecional, pero las razones conocidas para hacerlo fueron serias y justificadas, y se tomó en tiempo la decisión negativa.

Al no prosperar la primera pretensión, en la que se pide la declaratoria de incumplimiento, tampoco prosperan las demás pretensiones que son consecuenciales de aquella. En forma correlativa el tribunal ha encontrado probada la excepción que la convocada rotuló “cumplimiento de las obligaciones a cargo de TPSI”, y por sustracción de materia no es necesario pronunciamiento alguno sobre las demás excepciones.

C. La reconvencción. Consideraciones del tribunal

Aspira la convocada y demandante en reconvencción a que el tribunal haga las declaraciones y condenas que se analizan, una a una, a continuación. La parte convocante y demandada en reconvencción se opone a la prosperidad de todas y cada una de ellas e invoca el principio de la relatividad de los contratos y la inaplicabilidad del artículo 1971 del Código Civil, como principal fundamento de su posición.

Primera pretensión. Se solicita en esta pretensión:

“Que se declare que el Sindicato celebró con Grupo un contrato de “cesión de derechos litigiosos”, respecto de los derechos que el Sindicato dice tener contra TPSI por razón de los supuestos daños a los que se refiere la demanda que dio origen a este proceso”.

En orden a resolver, el tribunal observa que tal pretensión, en los términos en que aparece formulada es, como a simple vista se observa, meramente declarativa de la celebración de un negocio jurídico, denominado como de “cesión de derechos litigiosos” por la reconviniendo y como de “cesión de crédito” por la parte convocante y reconvenida. Los derechos objeto de la cesión serían aquellos que Sintraelec alega tener contra TPSI por razón de los daños que, según sostiene, le fueron causados por TPSI y a cuyo resarcimiento aspira con la formulación de

la demanda que dio origen al presente proceso arbitral.

Sobre la naturaleza del mencionado negocio jurídico discrepan las partes, pues al paso que para Sintraelecol se trata de una cesión de un crédito que dice tener el Sindicato contra TPSI, para esta última no existe “cesión de crédito”, puesto que ninguno tenía el Sindicato contra TPSI. Anota, además, que no se configura la cesión de créditos personales de que tratan los artículos 1959 y siguientes del Código Civil, toda vez que el cesionario dijo no hacerse responsable de la existencia del crédito cedido, requisito este que perentoriamente exige el artículo 1965 para que pueda hablarse de cesión de un crédito personal.

En el expediente obra el documento de fecha 23 de enero de 2003, suscrito por el señor Helmuth Gallego, en su calidad de apoderado especial del Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia, San Cayetano, de una parte, y el señor Steven Dorsey en representación de “Grupo Interamérica LLC” (cdno. de pbas. 6, fls. 1 a 3), cuyo texto conviene transcribir in integrum. Dice así:

“Entre el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia subdirectiva San Cayetano (Sintraelecol San Cayetano), sindicato constituido bajo las leyes colombianas, con domicilio en la ciudad de Cúcuta, departamento de Norte de Santander, Colombia, con personería jurídica reconocida bajo el número 1983 de julio de 1975, representado en este contrato por su apoderado especial Helmuth Mauricio Gallego Sánchez, mayor de edad, con domicilio en esta ciudad e identificado con la cédula de ciudadanía 79’367.815 de Bogotá, todo lo cual consta en los documentos que se anexan, de una parte, la que en adelante se denominará el sindicato, y Grupo Interamerica LLC, sociedad constituida bajo las leyes del Estado de Florida, Estados Unidos de América, representada en este contrato por su presidente Steven Dorsey, debidamente facultado para suscribir este documento, también mayor de edad, con domicilio en Tampa, Estado de la Florida, Estados Unidos de América, e identificado con pasaporte 044376081, todo lo cual consta en los documentos que se anexan, de otra parte, la que en adelante se denominará el grupo, se ha celebrado el presente contrato previas las siguientes consideraciones:

Que en el año de 1996 el sindicato entró en negociaciones con las sociedades Teco Energy Inc., Teco Power Services Corporation y TPS International Power INC., a fin de buscar los recursos financieros necesarios para adquirir las acciones de Termotasajero S.A. ESP que la Nación Colombiana ofreció entonces vender.

Que las sociedades Teco Energy Inc., Teco Power Services Corporation, TPS International Power INC. y/o sus compañías afiliadas y relacionadas y/o sus directivas o empleados, al abandonar intempestivamente sus compromisos, le causaron daños a el sindicato, tal como es conocido por el grupo.

Que el sindicato tiene interés en convocar a un tribunal de arbitramento en Colombia para buscar la reparación de los referidos daños, conforme con la cláusula compromisoria contenida en el contrato de confidencialidad y exclusividad celebrado entre el sindicato y TPS International Power Inc. el 17 de octubre de 1996.

En virtud de las anteriores consideraciones las partes han decidido celebrar el presente contrato que se registrá de manera particular por las siguientes estipulaciones:

Primera. Objeto: en virtud del presente contrato el grupo se compromete a apoyar a el sindicato en su reclamación contra las sociedades Teco Energy INC., Teco Power Services Corporation, TPS International Power Inc. o sus compañías afiliadas y relacionadas, o contra sus directivas o empleados (en adelante TECO), ante las autoridades que ejerzan jurisdicción en Colombia.

Segunda. Obligaciones del grupo: el grupo se compromete a entregar a el sindicato toda la información y a promover y llevar hasta su terminación, junto con el sindicato, un proceso arbitral que decida sobre la reparación de todos aquellos daños que podrían haberle sido causados a el sindicato por TECO. Lo anterior implica que el grupo asumirá todos los gastos de convocatoria del tribunal de arbitramento, los honorarios de los árbitros y abogados, todos los gastos que se generen por la práctica de las pruebas y todas y cada una de las erogaciones que se generen en virtud del mencionado tribunal. Tal obligación comprende incluso la necesidad de cubrir los gastos de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento que le corresponde sufragar a TECO, conservando, por supuesto, la facultad de ejercer la acción ejecutiva en contra de TECO, conforme con la legislación colombiana. al momento en que el apoderado de el grupo reciba las sumas líquidas de dinero de parte de TECO con base en las

acciones previstas en el presente contrato, este deberá entregar el veinticinco por ciento (25%) de tales sumas a el sindicato. Con todo, el treinta por ciento (30%) de tal veinticinco por ciento (25%) será entregado directamente a Helmuth Mauricio Gallego Sánchez.

Tercera. Derechos del grupo: el grupo tendrá derecho a determinar el momento preciso en que deba convocarse el tribunal de arbitramento dentro del año calendario siguiente a la fecha de suscripción del presente contrato, el de designar el o los abogados que habrán de conducir directamente el proceso arbitral que llegue a promoverse y el de controlar su desarrollo, incluyendo la posibilidad de conciliar o transigir las diferencias en discusión, preservando siempre los intereses de el sindicato. El incumplimiento de la obligación mencionada en la primera frase de esta cláusula, en el plazo mencionado, generará para el sindicato el derecho a exigir a el grupo a título de cláusula penal, como estimación anticipada de los perjuicios, la suma de diez millones de dólares de las Estados Unidos de América (US\$ 10,000.000).

Cuarta. Obligaciones de el sindicato: el sindicato le cede a el grupo el setenta y cinco por ciento (75%) del crédito que tiene a cargo de TECO en razón de los daños que esta le ha causado al abandonar intempestivamente sus compromisos. El sindicato no se hace responsable de la existencia del crédito que cede, de manera que no resulta aplicable en ese sentido al presente contrato lo previsto en el artículo 1965 del Código Civil colombiano. La notificación que deberá hacerle el grupo a las sociedades Teco Energy Inc., Teco Power Services Corporation y TPS International Power Inc. y a sus directivos o empleados, respecto de la presente cesión, se realizará en sus respectivos domicilios sociales, los cuales conoce el grupo.

Quinta. Reclamaciones posteriores: el grupo no le reclamará a el sindicato el reembolso o la restitución de ninguna de las sumas de dinero que aquel hubiere pagado con ocasión de las referidas reclamaciones, o de las costas judiciales que la parte convocante hubiere sido condenada a pagar.

Sexta. Deber de cooperación: las partes tienen el deber de cooperar mutuamente con el fin de lograr el mejor resultado económico para ambas partes.

Séptima. Derecho aplicable: este contrato se rige en todo por el derecho colombiano.

Octava. Notificaciones: cualquier notificación respecto del presente contrato, incluso de carácter judicial, se realizará en las siguientes direcciones:

Por parte de el sindicato: Helmuth Mauricio Gallego Sánchez, en la calle 38 número 8-56, piso 13, Bogotá, D.C., Colombia, o a través del número de telefax 288-98-79.

Por parte de el grupo: Carlos Darío Barrera Tapias, en la diagonal 35 número 5 A 22, Bogotá, D.C., Colombia, o a través del número de telefax 287-35-60.

Las anteriores personas quedan encargadas de recibir notificaciones y de actuar en defensa de cada una de las partes contractuales.

En constancia, se firma en dos ejemplares del mismo tenor, en Bogotá, D.C., Colombia, hoy veintitrés (23) de enero de dos mil tres (2003).

Por el sindicato

(Fdo,) Helmuth Mauricio Gallego Sánchez

Apoderado especial

Por el grupo

(Fdo,) Steven Dorsey

Presidente”.

Del texto transcrito, entendido conforme a las reglas de interpretación de los contratos de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil y fundamentalmente la que impone el artículo 1622, fluye con claridad que el contrato celebrado el 23 de enero de 2003 entre el abogado Helmuth Gallego, en calidad de apoderado del Sindicato de Trabajadores de la Electricidad San Cayetano con el señor Steven Dorsey, en su carácter de representante de la sociedad “Grupo Interamérica L.L.C”., no contiene cesión de crédito alguna, pues como lo afirma el apoderado de la reconviniente, ninguno tenía el Sindicato contra TPSI para la fecha en que se celebró el contrato arriba transcrito.

En efecto, no encuentra el tribunal configurados los requisitos que la ley exige para que pueda hablarse de una cesión de créditos personales, de tiempo atrás puntualizados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁽¹⁷⁾, y fundamentalmente echa de menos el primero y principal de tales requisitos, cual es la existencia de un crédito o derecho personal que se tenga y pueda reclamarse de cierta persona que, por un hecho suyo o por la sola disposición de la ley, haya contraído obligaciones correlativas, tal como lo dispone con claridad el artículo 666 del Código Civil. Esa mera constatación permite al tribunal concluir que el documento que se comenta no contiene, en derecho, una cesión de crédito personal, de las reguladas por los artículos 1959 a 1966 del Código Civil.

Mas el referido documento no contiene, tampoco y a juicio del tribunal, la “cesión de derechos litigiosos” que la parte reconviniente predica de él. Y no la contiene porque como con acierto lo ha precisado la más autorizada doctrina nacional, “se entiende litigioso un derecho... desde que se notifica judicialmente la demanda”, según lo prescribe con nitidez el inciso 2º del artículo 1969 del Código Civil. Ello permite sostener, como lo hace el Profesor César Gómez Estrada que “(...) Por consiguiente el primer requisito indispensable para que haya cesión de derechos litigiosos consiste en que se haya presentado la demanda en que el derecho se reclama, y que esa demanda, o, mejor, su admisión por el juez, haya sido notificada a la persona contra quien el derecho se pretende hacer valer, esto es, al demandado. Si el derecho se cede antes de presentarse la demanda, o después de presentada pero antes de ser notificado al demandado el auto que la admita, no se tratará de cesión de derechos litigiosos, y por lo mismo el régimen jurídico de esa cesión no será el contemplado en las disposiciones que integran este capítulo”⁽¹⁸⁾. Y con meridiana claridad fluye del documento atrás transcrito, no solo que para la fecha de su celebración (ene. 23/2003), aún no había sido presentada la demanda que diese lugar al proceso arbitral de que hablan sus cláusulas segunda y tercera, sino que a fortiori, para dicha fecha no había sido notificado el auto admisorio de la demanda que dio lugar al proceso arbitral en cuestión, que no es otro distinto al que ahora se decide.

A juicio del tribunal, lo que contiene el documento transcrito que se viene analizando, es un contrato innominado de colaboración entre el Sindicato y el Grupo Interamérica, una especie de joint venture, destinado a que las partes que lo suscribieron, todas a una, cooperaran mutuamente en la promoción y tramitación de un proceso arbitral con el fin de que el tribunal arbitral que llegase a integrarse, instalarse y funcionar decidiese “sobre la reparación de todos aquellos daños que podrían haberle sido causados al Sindicato por Teco” como reza la cláusula segunda. Ese solo enunciado pone de presente, muy a las claras, que los reclamos y reparaciones a que creía tener derecho el Sindicato no constituían derecho adquirido alguno, sino una mera expectativa de que el tribunal que se instalara, funcionara y resolviera sobre el particular —que no es otro diferente a este— accediera a las pretensiones de Sintraelecol y grupo. El carácter de contrato de colaboración que el tribunal encuentra configurado, resulta de todas las estipulaciones contenidas en el aludido documento, examinadas en su conjunto y, de manera principal, de lo expresado en su cláusula sexta, calificación que también comparte quien fuera apoderado de Sintraelecol, el abogado Helmuth Gallego⁽¹⁹⁾.

Así, pues, la simple circunstancia de que no hubiese aún litigio alguno entre Sintraelecol y todas o alguna de las sociedades estadounidenses mencionadas en el documento arriba copiado (Teco Energy Inc., Teco Power Services Corporation y TPS International Power Inc.) o sus directivos o empleados, para la fecha en que se celebró el mencionado contrato (ene. 23/2003), impone la no prosperidad de la primera de las pretensiones de la demanda de reconvención, puesto que depreca la declaratoria de que el aludido documento contiene una cesión de derechos litigiosos que, como se vio, el tribunal no encuentra configurada. Lo propio cabe decir de las pretensiones de la demanda de reconvención que sean consecuenciales a la primera pretensión, tales como las pretensiones segunda, cuarta y quinta, y así se decidirá en la parte resolutive del presente laudo.

Segunda pretensión. Aparece concebida en los siguientes términos:

“Que, en consecuencia, y si acaso no se admite la excepción sobre “derecho de retracto” que TPSI ha presentado al responder la demanda reformada, se declare por vía de reconvención que TPSI, como contraparte del Sindicato y del Grupo en el litigio, tiene derecho a invocar el beneficio previsto en el artículo 1971 del Código Civil, si acaso el litigio propuesto por el Sindicato termina con un laudo adverso a TPSI”.

No está llamada a prosperar tampoco esta pretensión, por las siguientes breves razones: (a) porque la pretensión no solo es consecuencial de la primera —que el tribunal encontró impróspera— sino porque, como aparece de su formulación, está sujeta a un doble condicionamiento: en primer lugar, a que no se admita la excepción sobre “derecho de retracto” formulada por la reconviniente al responder la demanda reformada y, en segundo término, a que el litigio propuesto por el Sindicato contra TPSI termine con un laudo adverso a esta, condición esta última que no se cumple de conformidad con lo ampliamente expuesto en otro aparte de la presente providencia. Y puesto que el tribunal ha encontrado que el documento de 23 de enero de 2003 no contiene una cesión de derechos litigiosos, fuerza concluir que la excepción de “derecho de retracto” a que hace referencia la parte introductoria de la pretensión que se analiza, no está llamada a encontrar prosperidad.

Tercera pretensión. Viene formulada así:

“Que, en consecuencia de lo anterior, y por aplicación del artículo 1971 del Código Civil, se declare, por vía de reconvención, que si TPSI es condenada a hacer cualquier pago a Grupo,

a) TPSI tendrá derecho a reducir el pago ordenado, en cuanto este pudiere beneficiar finalmente al cesionario según el texto del contrato de “cesión de derechos litigiosos”.

b) Para que ese pago no exceda del dinero que el Grupo demuestre haber dado al Sindicato para atender los gastos del proceso y nada más, hasta la fecha del laudo y en ninguna posterior.

El tribunal liquidará los valores respectivos”.

El tribunal observa que está en presencia de una pretensión consecuencial a la segunda pretensión puesto que no expresa que “como consecuencia de la prosperidad de las dos pretensiones anteriores” u otra fórmula de similares alcances y contenido.

Considera el tribunal que puesto que la segunda pretensión no ha encontrado prosperidad, se impone concluir que la que ahora se estudia ha de correr idéntica suerte, no solo porque es pretensión consecuencial a la segunda que, se itera, no fue hallada próspera, sino porque al igual que la segunda pretensión, su formulación viene condicionada a que “TPSI sea condenada a hacer cualquier pago al grupo”. Dado que esa hipótesis condicionante de la pretensión que se analiza no se configura, según quedó ya expuesto en otro lugar del presente laudo, el tribunal no encuentra cómo pueda acceder a efectuar las declaraciones impetradas en la pretensión que se analiza, y así se decidirá en la parte resolutive de este laudo.

Cuarta pretensión. Aparece formulada en los siguientes términos:

“Que, como consecuencia de la declaración a la que se refiere la pretensión primera, se declare que el Sindicato, al abstenerse de informar de modo completo sobre la “cesión de derechos litigiosos” en su demanda inicial, incumplió el deber contractual y legal de obrar de buena fe, derivado del acuerdo celebrado el 17 de octubre de 1996 con TPSI en concordancia este con el numeral 1º del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil. Y que su conducta desleal causó un perjuicio a TPSI consistente en los costos de la preparación de la demanda de reconvención inicial, y en la “pérdida de la oportunidad” de invocar el “derecho de retracto” como excepción frente a la demanda inicial”.

Para resolver sobre este extremo de la litis, basta al tribunal poner de presente, como ya lo anticipó al despachar la primera pretensión, que se está en presencia de una pretensión declarativa, consecuencial a la primera pretensión, y que como esta última no halló prosperidad, la que se analiza tampoco podrá encontrarla. Así habrá de decidirse en la parte resolutive de este laudo.

Quinta pretensión. La reconviniente la formula en los siguientes términos:

“Que, en consecuencia, para indemnizar esos perjuicios, debe condenarse en este proceso al Sindicato a pagar a TPSI, además de las costas del proceso:

a) El valor de los costos de preparar la demanda de reconvención inicial.

b) El valor de la “pérdida de oportunidad” creada por la omisión. Para obrar con extrema prudencia, y sin perjuicio de lo que se pruebe en el proceso, TPSI atribuye a la pérdida de tal oportunidad un valor de \$ 3.088’000.000, según explicaré adelante.

TPSI solicita al tribunal que, además de las pruebas que TPSI arrime al proceso, tenga en cuenta, para definir el monto de estos perjuicios, el criterio de equidad que autoriza el artículo 16 de la Ley 446 de 1998” (las sublíneas son del original).

En orden a resolver sobre esta pretensión, basta al tribunal poner de presente que se trata de una pretensión de condena, consecencial a la cuarta pretensión. Como la pretensión de la cual depende la que ahora se estudia no halló prosperidad, por fuerza de la lógica de las cosas la pretensión en análisis tampoco podrá encontrar acogida. Así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

Sexta pretensión. La formula la parte reconviniendo así:

“Que la suma que se condene al Sindicato a pagar a TPSI por los perjuicios enunciados arriba, se compense contra cualquier condena eventualmente declarada en este proceso a favor del Sindicato”.

En orden a decidir sobre este extremo del litigio, el tribunal observa que no obstante la aparente autonomía de la pretensión que ahora se analiza, la compensación deprecada depende no solo de la prosperidad de las pretensiones cuarta y quinta ya despachadas en forma desfavorable a la parte demandada y demandante en reconvención, sino de que se abran paso las pretensiones de Sintraelecól. Y como se vio en otro aparte de este laudo, las pretensiones de la parte convocante y demandada en reconvención no están llamadas a encontrar prosperidad. Así las cosas, por absoluta sustracción de materia, no existen sumas a compensar y, por lo tanto, la pretensión que se estudia está, también, llamada al fracaso. Así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

Séptima pretensión. Viene planteada de la siguiente manera:

“Que, en vista de la conducta procesal del Sindicato y el Grupo al omitir en la demanda inicial toda noticia sobre la “cesión de derechos litigiosos”, se declare que cualquier acuerdo que haya (sic) celebrado o celebren el Sindicato y el Grupo, posterior a la presentación de la demanda contra TPSI, y que tenga como propósito o como efecto conseguir que Grupo obtenga una participación en una eventual condena a TPSI superior al dinero que el Sindicato demuestre haber recibido de Grupo hasta la fecha del laudo para atender los gastos del proceso, deberá considerarse de mala fe, contrario a normas de orden público colombianas y, en particular, contrario a las regla (sic) del artículo 1971 del Código Civil y a la del artículo 71, numerales 1º y 2º del Código de Procedimiento Civil” (subrayado en el original).

Tampoco está llamada a prosperar esta pretensión, por las siguientes razones: (i) porque el tribunal ha encontrado que el contrato celebrado el 23 de enero de 2003 entre el Sindicato y el Grupo Interamérica L.C. no es de “cesión de derechos litigiosos”, como se puso de presente al despachar la primera de las pretensiones de la demanda reconvencional; (ii) porque el tribunal ha hallado también, al despachar las pretensiones formuladas por la parte convocante, que ellas no se encuentran llamadas a prosperar y, (iii) porque, así las cosas y de consiguiente, caen por su base las premisas sobre las cuales se edifica la pretensión que se estudia. Así se decidirá en la parte resolutive de este laudo.

Respecto de la octava pretensión, relativa a la condenación en costas y agencias en derecho a que diere lugar el presente proceso, se estará a lo que sobre el particular se expone en otro aparte de este laudo.

En mérito de lo expuesto, se declarará la prosperidad de la excepción que la parte demandada en reconvención rotuló “Inaplicabilidad del artículo 1971 del Código Civil”, sin que haya lugar a pronunciamiento alguno sobre las demás excepciones.

D. Costas y reembolso de gastos y honorarios.

De acuerdo con los principios básicos, “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”, y si la condena fuere parcial, “el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial” (art. 392, Cardinales 1 y 6, según las modificaciones de la Ley 794 de 2003, art. 42).

En el caso presente, según las consideraciones que anteceden, no prosperarán ni las pretensiones de la demanda de Sintraelec y Grupo Interamerica, ni las de la reconvenición de TPSI, circunstancia en la que encuentra el tribunal suficiente justificación para que no se profiera condenación en costas, y así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

El proceso arbitral constituye una expresión de la función jurisdiccional que debe ser concertada por las partes, y que es onerosa de conformidad con su misma normativa, punto en el que dispone que cada parte debe asumir “lo que a ella corresponda” a título de “gastos y honorarios” (D. 2279/89, art. 22) según lo que en cada caso se ordene, sumas de dinero que deben consignarse en manos del presidente del tribunal. En este punto concreto la norma que acaba de citarse dispone que,

“Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco días siguientes, pudiendo solicitar su reembolso inmediato. Si ese no se produce podrá el acreedor obtener el recaudo por la vía ejecutiva ante las autoridades jurisdiccionales comunes, en trámite independiente del arbitramento (...).

De no mediar ejecución, las expensas por gastos y honorarios pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas. A cargo de la parte incumplida se causarán intereses de mora a la tasa mas alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancela la totalidad de las sumas líquidas a su cargo. El tribunal podrá en el laudo ordenar compensaciones”⁽²⁰⁾ (subrayas del tribunal).

El tribunal encuentra probadas las siguientes circunstancias sobre las que debe proveer con fundamento en las normas que acaban de transcribirse:

1. TPSI no consigno la partida de dinero que decretó el tribunal, a su cargo, para atender los “gastos y honorarios” de este proceso, que era la suma de ochocientos sesenta y nueve millones trescientos noventa y cinco mil novecientos pesos (\$ 869’395.900), incluido el IVA sobre los honorarios de árbitros y secretaria (acta 5, abr. 25/2005, fl. 181).
2. El plazo que tenía TPSI para el depósito anterior venció el día 10 de mayo de 2005 de lo que se dejó constancia a folio 186 del cuaderno principal y dentro de la oportunidad prevista legalmente la parte convocante efectuó esa consignación el 12 de mayo de 2005 (fls. 192 y 193, ibídem).
3. No ha mediado ejecución a la parte convocada para el reembolso a la parte convocante de las expensas por gastos y honorarios que esta pagó por aquella, y prueba suficiente de ello es que no se tramitaron las certificaciones previstas en las normas citadas para obtener el recaudo por la vía ejecutiva.

Lo expuesto es suficiente para que el tribunal tome en cuenta las sumas que la convocada debe reembolsar a la convocante que, conforme a las normas citadas, obedece a la liquidación que adelante se efectúa, con base en los siguientes factores:

- Capital \$ 869’395.900
- Día de su exigibilidad y entrada en mora: 17 de mayo de 2005, fecha en que vencía el término adicional para el desembolso.
- Tasa de interés moratorio: La más alta que legalmente pueda cargarse desde la fecha que acaba de indicarse y hasta el día de su pago efectivo.

Liquidación suma adeudada con intereses de mora						
(Tasas efectivas)						
Período	Capital	Interés Brio	Interés	Interés	\$ Intereses	
		Corriente	Moratorio	Moratorio	Período	
		Anual	Anual	Mensual	(moratorios)	
May-2005	869.395.900	19,02	28,53	2,1136	7.882.503	1)
Jun-2005	869.395.900	18,85	28,275	2,0967	18.228.624	
Jul-2005	869.395.900	18,5	27,75	2,0618	17.925.205	
Ago-2005	869.395.900	18,24	27,36	2,0358	17.699.162	
Sep-2005	869.395.900	18,22	27,33	2,0338	17.681.774	
Oct-2005	869.395.900	17,93	26,895	2,0047	17.428.780	
Nov-2005	869.395.900	17,81	26,715	1,9926	17.323.583	
Dic-2005	869.395.900	17,49	26,235	1,9604	17.043.637	
Ene-2006	869.395.900	17,35	26,025	1,9462	16.920.183	
Feb-2006	869.395.900	17,51	26,265	1,9624	17.061.025	
Mar-2006	869.395.900	17,25	25,875	1,9361	16.832.374	
Abr-2006	869.395.900	16,75	25,125	1,8854	16.391.590	
May-2006	869.395.900	16,06	24,09	1,8149	15.778.666	
Jun-2006	869.395.900	15,61	23,415	1,7686	15.376.136	
Jul-2006	869.395.900	15,08	22,62	1,7138	14.899.707	
Ago-2006	869.395.900	15,02	22,53	1,7076	5.399.031	2)
	Intereses de mora				249.871.979	
	Capital más intereses de mora			\$	1.119.267.879	
1)	Intereses correspondientes a 13 días					
2)	Intereses correspondientes a 11 días					

En consecuencia, se condenará a la convocada y reconviente, TPSI, a que reembolse a Sintraelecol o a quien él indique, la suma de mil ciento diecinueve millones doscientos sesenta y siete mil ochocientos setenta y nueve pesos (\$1.119.267.879), correspondiente al capital y los intereses que arrojó la anterior liquidación y así se dispondrá en la parte resolutive, sin perjuicio de los intereses moratorios que esa suma devengará desde cuando lo disponga el tribunal y hasta el día de su pago efectivo.

E. Decisión

El tribunal de arbitraje constituido de común acuerdo por las partes para resolver las controversias que existieron entre el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia y Grupo Interamerica L.C., por una parte, y TPS International Power Inc., por la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

De conformidad con lo expuesto en la parte motiva,

Primero. No prosperan las objeciones parciales por error grave formuladas por el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia y Grupo Interamerica L.C., parte convocante, contra el dictamen del auxiliar designado por el tribunal, perito Carlos José Espinosa López.

Segundo. Prosperan las objeciones por error grave formuladas por el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia y Grupo Interamerica L.C., parte convocante, contra la experticia emitida por el profesional especializado Juan Carlos Echeverri, presentado por TPS International Power INC. en apoyo de su demanda de reconvención.

Tercero. No prospera la primera pretensión de la demanda del Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia y Grupo Interamerica L.C. y, en consecuencia, se declara que TPS International Power Inc. no incumplió las obligaciones que asumió por virtud del contrato que celebró con el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia el 17 de octubre de 1996. Como consecuencia de esta declaración y de manera correlativa, prospera la excepción que TPS International Power Inc. rotuló “cumplimiento de las obligaciones a cargo de TPSI”, y por sustracción de materia no es necesario pronunciamiento alguno sobre las demás excepciones de la parte convocada TPS International Power Inc., salvo la que rotuló “Falta de competencia”, que no prospera.

Cuarto. Como consecuencia de la anterior declaración tampoco prosperan las pretensiones segunda y quinta de la demanda del Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia y Grupo Interamerica L.C.

Quinto. No hay lugar a pronunciamiento alguno sobre las pretensiones tercera, sexta y octava de la demanda del Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia y Grupo Interamerica L.C.

Sexto. No prosperan las pretensiones de la demanda de reconvención de TPS International Power INC. contra el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia y Grupo Interamerica L.C., y por consiguiente tampoco prosperan las pretensiones cuarta y séptima de la demanda del Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia y Grupo Interamerica L.C., todo lo anterior por no haber existido la cesión de crédito que invoca la parte demandante, ni la cesión de derechos litigiosos que invoca la parte demandada. En consecuencia, prospera la excepción que la parte reconvenida rotuló “Inaplicabilidad del artículo 1971 del Código Civil”, y no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre las demás excepciones.

Séptimo. No hay condena en costas. Sin embargo, TPS International Power Inc. deberá reembolsar al Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia o a quien él indique, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de mil ciento diecinueve millones doscientos sesenta y siete mil ochocientos setenta y nueve pesos (\$1.119.267.879), suma que devengará intereses moratorios a la tasa mas alta que resulte legalmente posible desde el vencimiento del término que acaba de indicarse y hasta el de su pago efectivo.

Octavo. Se declara causado el saldo de los honorarios de los árbitros y de la secretaria del tribunal. El presidente efectuará los pagos correspondientes. Una vez protocolizado el expediente, el saldo de la suma en poder del presidente se entregará al Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia.

Noveno. Una vez ejecutoriada esta providencia, por secretaría se entregarán copias autenticas a las partes y se enviará copia simple al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo. Cuando esta providencia se encuentre en firme y surtidos los recursos extraordinarios que pudieran interponerse, o vencido el término para ello sin que se interponga recurso alguno, devuélvanse a las partes, sin desglose, los documentos que ellas expresamente indiquen que no es necesario protocolizar, y procédase a esta diligencia en una notaría del círculo notarial de Bogotá, D.C.

Esta providencia quedó notificada en estrados a los apoderados de las partes en Bogotá, D.C., el día once (11) de agosto de dos mil seis (2006).

Gilberto Peña Castrillón, Presidente—Jorge Cubides Camacho, árbitro—Antonio José De Irisarri Restrepo, árbitro.

Alicia Villegas Trujillo, Secretaria.
