TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONTACT CENTER AMÉRICAS S.A.

VS

EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP

LAUDO ARBITRAL

En la ciudad de Bogotá D.C., el diez y seis (16) de abril de dos mil seis (2007) a las once y treinta de la mañana (11:30 a.m.), día y hora señalados en auto de febrero nueve (9) de 2007, notificado en audiencia, se reunieron en la sede del Tribunal los doctores **JUAN CARLOS HENAO PÉREZ**, Árbitro Único, y **JAIME KLAHR GINZBURG**, Secretario, con el fin de llevar a cabo la audiencia en la que se proferirá el Laudo Arbitral que pone fin al Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias suscitadas entre **CONTACT CENTER AMÉRICAS S.A.** y **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP**, por la celebración, ejecución e interpretación del contrato 4200005519, suscrito por ellas el 31 de octubre de dos mil tres (2003).

1. ANTECEDENTES

1. a. El contrato origen de las controversias

El 31 de octubre de 2003 se suscribió el contrato No. 4200005519 entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y CONTACT CENTER AMERICAS S.A., por el cual esta última se obligó a *"(…) prestar el servicio de atención de centros de contacto telefónico y virtual – servicios inbound, asistido y outbound, descritos en el capítulo 3 de los términos de referencia, de conformidad con lo previsto en la oferta, en el acta de negociación y, en los términos de referencia"* (cláusula primera del contrato).

Al mencionado contrato se le hicieron modificaciones el 1º de septiembre de 2004, el 22 de octubre de 2004 y el 21 de diciembre de 2004.

1. b. El pacto arbitral

En el contrato las partes suscribieron el siguiente

"PACTO COMPROMISORIO ENTRE EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Y CONTACT CENTER AMERICAS S.A.

*Entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P.,** representada por **CARLOS MALAGÓN BOLAÑOS** mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía 19.467.440 de Bogotá, actuando en su calidad de Vicepresidente Jurídico y Apoderado, según consta en la Escritura Pública número 1003 del 27 de mayo de 2004, otorgada en la Notaría 46 del Círculo de esta Ciudad, sociedad que en adelante se denominará ETB y **CONTACT CENTER AMERICAS S.A.,** representada por **JORGE ENRIQUE URIBE PEÑA,** mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía 19.116.788 de Bogotá, actuando en su calidad de Gerente y como tal representante legal, sociedad que en adelante se denominará CCAM, se ha convenido suscribir el presente pacto compromisorio con el objeto de solucionar las diferencias que han surgido en relación con la celebración, ejecución e interpretación del CONTRATO 4200005519 suscrito por ellas el 31 de octubre de 2003 y que se indican en el numeral 1º de este documento.*

1. Diferencias Surgidas

Aplicabilidad de la sanción impuesta por ETB a CCA por no haber certificado los servicios de atención de centros de contacto telefónico y virtual prestado a ETB, en la Norma Técnica COPC-2000 durante el término inicialmente acordado.

Aplicabilidad de la fórmula utilizada por CCA para liquidar el valor de los turnos de trabajo cobrados a ETB por la prestación de sus servicios, empleada desde el inicio del contrato y hasta

el 31 de octubre de 2004, la cual dio origen a un presunto mayor valor del contrato No. 4200005519.

Validez de la modificación sobre el concepto de turno y de la fórmula utilizada para liquidar el valor de los turnos de trabajo cobrados a ETB por la prestación de sus servicios, la cual dio origen a un presunto mayor valor del contrato No. 4200005519 desde el 1 de noviembre de 2004 y hasta la fecha.

Composición del factor prestacional y el porcentaje de administración aplicados para efectuar la liquidación de los servicios del Help Desk Premium prestados por CCAm a ETB en virtud del contrato No. 4200005519.

2. Reglas de funcionamiento del Tribunal

Con el objeto de resolver las diferencias surgidas, las partes aquí intervinientes acuerdan acudir a un Tribunal de Arbitramento que funcionará de acuerdo con las siguientes reglas: (i) el Tribunal estará integrado por un (1) solo árbitro que será nombrado por CCAm de una lista de tres candidatos que será presentada por ETB; (ii) el árbitro será un abogado que tengan cuando menos diez (10) años de experiencia en asuntos legales de naturaleza comercial bajo el derecho colombiano; (iii) el lugar del arbitraje será Bogotá, D.C., Colombia y el idioma que se utilizará en el procedimiento de arbitraje será el español; (iv) la decisión del árbitro se proferirá en derecho y se emitirá dentro del plazo legal previsto; y (v) los costos del arbitraje se fijarán conforme ha sido dispuesto por el Ministerio del Interior y de Justicia en el Oficio DAJ-0500-3364 del 04 de marzo de 2005".

Teniendo en cuenta lo señalado en el Pacto Compromisorio y en la Ley Aplicable en cuanto al procedimiento para la designación de los árbitros, las partes comunicaron mediante escrito de mayo treinta y uno (31) de dos mil seis (2006) la designación del doctor **JUAN CARLOS HENAO PEREZ** como Arbitro Único para resolver las diferencias surgidas entre ellas, con ocasión de la celebración, ejecución e interpretación del Contrato 4200005519 suscrito el 31 de octubre de 2003, designación que fue aceptada por el Arbitro Único el cinco (5) de junio de dos mil seis (2006).

Así mismo, las partes en audiencia de quince (15) de agosto de dos mil cinco (2005) acordaron: *"… con relación a lo señalado en el Pacto Compromisorio en cuanto a las diferencias surgidas en desarrollo del contrato 4200005519, que es su intención que el Tribunal conozca y se pronuncie sobre la totalidad de las pretensiones de la demanda, de la demanda de reconvención, así como de las excepciones presentadas por cada una de las partes".*

1.c. Etapa inicial

1.c.1 Demanda Arbitral: La convocante **CONTACT CENTER AMÉRICAS S.A.** por conducto de apoderado, solicitó el 1º de junio de 2006 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver las diferencias con la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, con ocasión del contrato No.4200005519.

1.c.2 Audiencia de Instalación: El Tribunal se instaló el trece (13) de junio de dos mil seis (2006). En esa oportunidad se fijó la sede del Tribunal y de la secretaría del mismo, en el Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicado en la Avenida El Dorado No. 68 D – 35 Piso 3º de Bogotá y como sede alterna de la secretaría la calle 77 No. 11 – 19 (302) de Bogotá. Así mismo, en esa audiencia se nombró como secretario al doctor **JAIME KLAHR GINZBURG,** quien aceptó y tomó posesión del cargo (Acta No. 1 de junio 13 de 2006, folios 87 a 90 del Cuaderno Principal).

1.c.3 Admisión de la demanda: En audiencia de trece (13) de junio de dos mil seis (2006) se admitió la demanda arbitral, la cual fue notificada personalmente al apoderado de la convocada y se corrió traslado de la misma por el término de diez (10) días.

1.c.4 Contestación de la demanda: El veintinueve (29) de junio de dos mil seis (2006) la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP**, contestó la demanda proponiendo excepciones de mérito y solicitando el decreto y práctica de pruebas. Igualmente, en la misma oportunidad presentó demanda de reconvención (Folios 98 a 110 del Cuaderno Principal).

1.c.5 Admisión de la demanda de reconvención: En acta de cuatro (4) de julio de dos mil seis (2006) se admitió la demanda de reconvención (Folios 123 a 125 Cuaderno Principal), la cual fue

notificada personalmente al agente del Ministerio público el 5 de Julio de 2006 (Folio 126 Cuaderno Principal), al apoderado de la convocada el 6 de julio de 2006 (Folio 127 Cuaderno Principal) y al apoderado de la convocante el 7 de julio de 2006 (Folio 127).

1.c.6. Contestación de la demanda de reconvención: La sociedad **CONTACT CENTER AMERICAS S.A. ESP** contestó la demanda de reconvención proponiendo excepciones de mérito y solicitando pruebas (Folios 129 a 137).

1.c.7 Audiencia de conciliación, fijación de gastos y honorarios: El quince (15) de agosto de dos mil seis (2006) se llevó a cabo la audiencia de conciliación de que tratan los numerales 1º y 2º del artículo 121 de la ley 446 de 1998, conciliación que se declaró fracasada y se dictó auto en el que se fijaron los honorarios del árbitro y del secretario; gastos de administración, protocolización y otros gastos, que fueron debidamente consignados por las partes dentro de la oportunidad señalada. En esa misma fecha, se señaló el primero (1º) de septiembre de dos mil seis (2006) para llevar a cabo la Primera Audiencia de Trámite a la que se refiere el artículo 124 de la Ley 446 de 1998.

1.d. Trámite arbitral

1.d.1. Partes

Convocante:

CONTACT CENTER AMÉRICAS S.A. sociedad con domicilio en Bogotá, constituida por escritura pública número 1858 de la Notaría 46 de Bogotá, tal como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra a folios 28 a 31 del Cuaderno Principal No. 1, representada por su Gerente, Doctor **JORGE ENRIQUE URIBE PEÑA**.

Convocada:

EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP ETB S.A ESP, con domicilio en Bogotá, sociedad comercial constituida por escritura pública número 4274, otorgada el 29 de diciembre de 1997, en la Notaría 32 de Bogotá D.C., según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra a folios 49 a 70

del Cuaderno Principal número 1 del expediente. Su domicilio principal es la ciudad de Bogotá D.C. y su representante legal es el presidente, doctor **RAFAEL ANTONIO ORDUZ MEDINA.**

1.d.2. La demanda presentada por la convocante

1.d.2.a. Pretensiones de la demanda

Solicita al Tribunal se sirva hacer las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA PRINCIPAL:

1. Declárese que la imposición de la cláusula penal compensatoria impuesta por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S. A. E.S.P. a Contact Center Americas S.A. carece de fundamentos fácticos y legales.

2. En consecuencia, sírvase condenar a ETB a restituir a CCA el valor pagado por el concepto de cláusula penal, más los intereses comerciales vigentes que se hayan generado desde la fecha (sic) CCA pagó la pena y hasta que ETB cancele definitivamente su obligación.

En subsidio, condénese a ETB al pago de esta suma de dinero actualizada monetariamente a la fecha definitiva de pago más los intereses legales de plazo que se hayan generado desde la fecha en que CCA pagó la pena (diciembre 20 de 2005).

PRIMERA SUBSIDIARIA:

1. En subsidio, ordénese la rebaja de la pena en la proporción en que se encuentren cumplidas las obligaciones a cargo de CCA.

2. En consecuencia, ordénese a ETB restituir el valor pagado en exceso de la cláusula penal, más los intereses comerciales vigentes que se hayan generado desde la fecha (sic) CCA pagó la pena y hasta que ETB cancele definitivamente su obligación.

En subsidio, condénese a ETB al pago de esta suma de dinero actualizada monetariamente a la fecha definitiva de pago más los intereses legales de plazo que se hayan generado desde la fecha en que CCA pagó la pena.

SEGUNDA: Declárese la validez de los pagos realizados por ETB a CCA entre el 1º de noviembre de 2003 y el 31 de octubre de 2004 por concepto de la prestación del servicio pactado en el contrato 4200001955, de acuerdo con lo previsto en la cláusula quinta de dicho contrato.

TERCERA: Declárese la validez de los pagos realizados por ETB a CCA entre el 1º de noviembre de 2004 y el 31 de diciembre de 2005 por concepto de la prestación del servicio pactado en el contrato 4200001955, de acuerdo con lo previsto en el acuerdo modificatorio del 21 de diciembre de 2004.

CUARTA: Declárese que ETB ha incumplido lo pactado en el contrato No. 4200001955, sus anexos y modificaciones, al descontar sumas de dinero equivalentes al 9.09% del valor facturado por CCA por concepto de la prestación del servicio contratado, desde el mes de enero de 2006.

QUINTA: Como consecuencia de lo anterior, solicito que se condene a ETB a pagar a CCA las sumas de dinero que haya dejado de pagar a mi representada hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral, sin estar autorizada para ello, junto con los intereses de mora liquidados a la máxima tasa certificada por la Superintendencia Financiera, que se causen desde la fecha en que debió pagarse cada una de las facturas sobre las cuales ETB ha practicado las retenciones respectivas y el momento en que se produzca el pago efectivamente.

QUINTA SUBSIDIARIA: Si el tribunal considera que no son procedentes los intereses a que se refiere la declaración anterior, en subsidio, solicito que se condene a ETB a pagar los intereses de plazo a la tasa equivalente al interés corriente bancario causados entre la fecha en que la convocada debió haber pagado cada una de las facturas presentadas por CCA y la fecha de presentación de esta demanda, y desde la notificación del auto admisorio de la demanda, a pagar intereses de mora a la máxima tasa certificada por la Superintendencia Financiera.

SEXTA: Como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones número dos, tres y cuarto, le solicito al tribunal ordenar a la ETB que durante la vigencia del contrato y a partir del laudo,

continúe pagando la contraprestación a su cargo, de conformidad con lo establecido en el contrato, sin realizar el descuento del 9.09%.

SÉPTIMA: Condénese a ETB a pagar las costas y agencias en derecho que se causen en el curso de este proceso arbitral".

1.d.2.b. Hechos de la demanda

Teniendo en cuenta la celebración del contrato, el desarrollo del mismo y considerando los puntos sobre los cuales la convocante considera se encuentran las diferencias entre las partes, esta dividió los hechos de la demanda en tres capítulos, a saber: i) El Contrato; ii) La sanción impuesta y iii) La liquidación de los turnos de trabajo.

En el mismo orden el tribunal los resume:

I. Celebración del contrato 4200005519 y sus modificaciones

1. El 31 de octubre de 2003 se suscribió el contrato No. 4200005519 entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y CONTACT CENTER AMERICAS S.A., por el cual esta última se obligó, como ya se ha anotado, a *"… prestar el servicio de atención de centros de contacto telefónico y virtual – servicios inbound, asistido y outbound, descritos en el capítulo 3 de los términos de referencia, de conformidad con lo previsto en la oferta, en el acta de negociación y, en los términos de referencia"* .

2. Las partes pactaron el precio en la cláusula tercera del contrato en los siguientes términos:

> *"El precio del presente contrato es hasta la suma de VEINTICUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA MILLONES DE PESOS ($24.370.000.000,oo) M/CTE., discriminado así: (i) Servicios inbound: hasta $15.554.748,20. (ii) Servicio asistido: hasta $2.279.331.686,21. (iii) Servicio outbound: hasta $2.724.540.723,28 (iv) IVA: $3.361.379.310,35. PARÁGRAFO: Los precios permanecerán fijos durante el plazo de ejecución del contrato. En el evento de prórroga del mismo, las tarifas se ajustarán a precios de mercado, entendiendo por estos los que el CONTRATISTA ha contratado con terceros. En ningún caso, el ajuste superará el IPC acumulado desde la fecha de firma*

del contrato y un año más, para el primer año, aplicándose el mismo procedimiento para los años subsiguientes. El IPC corresponderá al dato que publica el DANE".

3. El contrato se comenzó a ejecutar el 1º de noviembre de 2003, posteriormente se hicieron prórrogas, el 1º de septiembre de 2004, el 22 de octubre de 2004 y el 21 de diciembre de 2004.

4. El 1º de septiembre de 2004, las partes modificaron el contrato para implementar las mejoras en la operación recomendadas por la firma Kenwin, encargada de la certificación del call center, en cuanto a la estructura de los centros de contacto, la verificación de habilidades y conocimientos de agentes y coordinadores, y los reportes de calidad y entrenamiento.

5. El 22 de octubre de 2004, las partes firmaron el acuerdo No. 2 al Contrato No. 4200005519, mediante el cual se ajustaron las tarifas.

6. El 21 de diciembre de 2004, CCA y ETB suscribieron un acuerdo modificatorio, que en uno de sus apartes dice: *"acuerdo modificatorio contrato No. 4200005519 diciembre 10 de 2004", en el cual las partes establecieron la fórmula para la elaboración de la factura que aplicarían en forma retroactiva desde el 1º de noviembre de 2004:*

> *"3.12.1 OPERACIÓN HOGARES Y PYMES INBOUND*
> *"LA MODALIDAD DE PAGO SERÁ POR TURNO, ENTENDIENDO TURNO COMO LA SUMATORIA DE TODAS LAS HORAS DE LOGUEO MENOS EL TIEMPO EN DESCANSO ESTABLECIDO PARA ESAS HORAS DE LOGUEO AL MES DIVIDIDO EN 5.5 HORAS, ACLARANDO QUE LA MEDIDA DEL TIEMPO DE DESCANSO ES 30 MINUTOS POR CADA 6 HORAS DE LOGUEO O PROPORCIONAL AL TIEMPO DE LOGUEO.* ***SE ACLARA QUE EL TURNO DE 6 HORAS PARA EFECTOS DE PAGO SE CONFORMA ASÍ: 5.5 HORAS DE LOGUEO TRABAJANDO Y 30 MINUTOS DE DESCANSO LOGUEADO".***

Igualmente, se suscribieron los siguientes acuerdos :

a) Contact Center Americas prestaría el servicio contratado, administrado su personal de acuerdo con las normas laborales vigentes, estableciéndose así que el turno de seis

horas constituía una referencia para determinar el costo del servicio prestado a ETB pero no una limitante para ejecutar la administración de la operación.

b) Se estableció un tiempo de descanso dentro de la jornada laboral de cinco minutos por hora laborada.

7. El 10 de marzo de 2005, se firma el acuerdo No. 3, por el cual se aclara y modifica el acuerdo No. 2.

8. El contrato se prorrogó hasta el 31 de julio de 2006.

II. La sanción impuesta por la ETB a CCA

Respecto de la sanción impuesta por la ETB, la demanda señaló:

9. Se estableció en el contrato la obligación al CCA de "… *certificarse en un término no superior a 12 meses bajo el marco de trabajo de la Norma COPC-2000 PSIC Gold …"*.

En la oferta presentada por CCA el 20 de octubre de 2003, esta sociedad aceptó obtener la certificación "… *gradualmente de acuerdo con un cronograma establecido por las partes durante un período aproximado de 12 meses*".

10. Así mismo, la cláusula décima del contrato No. 4200005519, dice:

> "*En caso de incumplimiento total o parcial de cualesquiera de las obligaciones del CONTRATISTA, se causará a su cargo una cláusula penal compensatoria equivalente al cincuenta por ciento (50%) del precio del contrato, si el incumplimiento es total y proporcionalmente si el incumplimiento es parcial. El pago de la pena no extingue para el CONTRATISTA el cumplimiento de la obligación principal. ETB podrá compensar el valor de la cláusula penal compensatoria hasta concurrencia de los valores que se le adeuden al CONTRATISTA por cualquier concepto. El CONTRATISTA renuncia expresamente a todo requerimiento para efectos de constitución en mora. ETB se reserva el derecho de reclamar perjuicios adicionales por encima del monto aquí pactado, siempre que los mismos se acrediten*".

11. Mediante comunicación de agosto 4 de 2004, del Vicepresidente Comercial de ETB, Álvaro Téllez Delgado, enviada a la Representante Legal de CCA, Adriana Espinosa Martínez, se extendió hasta el 30 de abril de 2005 el plazo para obtener la certificación, teniendo en cuenta las recomendaciones realizadas por la firma Kenwin.

12. Por comunicación recibida por CCA el 27 de octubre de 2005, ETB informó a CCA la decisión de aplicar la cláusula penal compensatoria por valor de USD$ 57.500, por la no obtención de la certificación dentro de los plazos y condiciones señaladas en el contrato No. 4200005519, sin ofrecer explicaciones sobre la forma en que determinó el valor de la pena a imponer.

13. CCA solicitó, mediante comunicación del 1º de noviembre de 2005, que por lo menos se modificara el valor de la sanción impuesta, teniendo en cuenta que:

a) el proceso de certificación se había cumplido en un 60% aproximadamente;
b) no había podido alcanzarse la meta de nueve meses continuos de obtención de objetivos, requisito esencial para obtener la certificación, teniendo en cuenta los cambios y nuevos requerimientos hechos por ETB durante la ejecución del contrato, tales como modificaciones en la estrategia de atención por segmentos (noviembre de 2004), ingreso de nuevos aplicativos y nuevo sistema de facturación, cambio de estrategia en enero de 2005 pasando de ser un centro de servicios a un call center de ventas.

14. Mediante comunicación del 11 de noviembre de 2005, ETB ratificó su decisión de imponer la cláusula penal compensatoria por valor de US57.500 y a su turno la convocante expresó sus argumentos en sentido contrario.

III. Liquidación del valor de los turnos de trabajo

Respecto del valor de los turnos de trabajo, se indicó en la demanda:

15. PERIODO INICIAL DEL CONTRATO (Noviembre de 2003 a octubre de 2004)

15.1. En la cláusula quinta del contrato, las partes pactaron la forma de pago en los siguientes términos:

"*ETB pagará el precio de los servicios, mediante cortes mensuales sobre la cantidad de servicios efectivamente prestados en el respectivo mes...*"

15.2 Durante este periodo, para determinar el valor a facturar mes a mes a ETB, se utilizó el siguiente procedimiento: Se computaba el tiempo total de logueo por persona y se dividía entre seis (horas por turno) para obtener el número de turnos del mes. Este valor se multiplicaba por el precio pactado contractualmente por turno y así se obtenía el monto total a facturar por los servicios de CCA a ETB.

15.3 De acuerdo con el procedimiento establecido para liquidar los turnos de trabajo, para establecer el valor que ETB debía pagar, tal como lo dice la cláusula citada, se debe tener en cuenta la cantidad de servicios prestados en el respectivo mes.

Ahora bien, para calcular la cantidad de servicios prestados, se debe tener en cuenta lo señalado en el anexo financiero, en los términos de referencia y en la oferta, de acuerdo con los cuales los pagos se harán teniendo en cuenta los turnos de trabajo de 6 horas **a todo costo**. El valor de cada turno de trabajo cotizado por CCA y aceptado por ETB era de $58.202.

Para las labores que se desarrollan en un call center, se establece que por cada hora de trabajo, el trabajador tiene derecho a 5 minutos de descanso remunerado.

Por tratarse de un descanso obligatorio que se debe conceder a los agentes que ejecutan esta clase de labor, dicho tiempo es remunerado, y no es viable por tanto descontárselo de su jornada laboral.

15.4. Por lo tanto, la forma utilizada por CCA para liquidar el valor a pagar por parte de ETB era la adecuada, pues así estaba establecida en el Anexo financiero del contrato, en los términos de referencia y en la oferta. No sobra advertir además que esta fórmula se usa habitualmente en el mercado para el cobro de la prestación del servicio.

16. SEGUNDO PERIODO DEL CONTRATO (Noviembre de 2004 a octubre de 2005)

16.1. En desarrollo del contrato y por sugerencia de ETB, para que esta tuviera mayor control operativo y administrativo sobre el tiempo de descanso de los agentes y que CCA solamente facturara como tiempo de descanso 30 minutos por cada turno de 6 horas, en el acuerdo modificatorio del 21 de diciembre de 2004, las partes estipularon que el turno equivaldría a 5.5 horas de trabajo más el tiempo de descanso, de manera que el turno en total fuera de 6 horas.

Se modificó entonces la fórmula para calcular el valor a facturar, como ya se ha indicado, así:

> *"LA MODALIDAD DE PAGO SERÁ POR TURNO,* ***ENTENDIENDO TURNO COMO LA SUMATORIA DE TODAS LAS HORAS DE LOGUEO MENOS EL TIEMPO EN DESCANSO ESTABLECIDO PARA ESAS HORAS DE LOGUEO AL MES DIVIDIDO EN 5.5 HORAS…"****.*

La cifra así obtenida debía multiplicarse por el precio pactado contractualmente por turno laborado.

16.2. Esta nueva formula planteada es matemáticamente igual a la que se aplicó al inicio del contrato, advirtiendo que ésta no permitía facturar dentro del turno, un tiempo superior a los 30 minutos de descanso.

17. PERIODO FINAL (desde octubre de 2005 a la fecha)

17.1. En el mes de octubre de 2005, la Contraloría de Bogotá D. C. inició una auditoria a la contratación de ETB por los años 2004 y 2005, a raíz de la cual surgen dudas en ETB sobre la forma de calcular el valor mensual a pagar a CCA.

17.2. ETB ha venido realizando descuentos del 9.09% de cada una de las facturas que le presentaba CCA a partir del mes de enero de 2006, argumentando diferencias en la forma de calcular el valor a pagar. Las sumas retenidas por parte de ETB a la fecha ascienden a $995.539.487,oo, según el cuadro adjunto denominado *"Informe detallado de consignaciones aplicadas en cartera x Factura"* que comprende los meses de enero a abril de 2006.

1.d.3. La contestación de la demanda

Luego de haber tomado posición respecto de cada uno de los hechos de la demanda, admitiendo algunos, solicitando que se prueben otros y contestando el alcance de algunos otros, pasa el apoderado de la entidad convocada a plantear las excepciones de fondo, que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

- INOPONIBILIDAD DEL ACUERDO MODIFICATORIO SUSCRITO EL 21 DE DICIEMBRE DE 2004

La persona que representó a ETB en este acto (diciembre 21 de 2004) fue su Gerente de Servicio al Cliente, Sr. Pedro Gasca Durán, quien obraba como apoderado. Sin embargo, su facultad para celebrar contratos estaba restringida a aquellos actos que se relacionaran con la actividad propia de su área (servicio al cliente) y que no sobrepasaran una cuantía de 1000 salarios mínimos mensuales legales vigentes. En efecto, así se establece en la escritura pública 2186 del 25 de octubre de 2004, otorgada en la Notaría 46 del Círculo de Bogotá, que se anexa como prueba.

Dado que el contrato objeto de la litis, tiene una cuantía que asciende a más de $ 24.000 millones, supera las facultades del Señor Gasca, razón por la cual el Acuerdo Modificatorio no es oponible a ETB.

- INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES A CARGO DE CCA Y APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL COMPENSATORIA

Una de las obligaciones de CCA era certificarse bajo el marco de la Norma COPC-2000 PSIC GOLD. No lo hizo en el término establecido en el contrato y en algunos de sus Acuerdos Modificatorios, razón por la cual incumplió el contrato y generó la aplicación de la Cláusula Penal Compensatoria que señala que en estos eventos, se causa por un monto equivalente al 50% del precio del contrato, si el incumplimiento es total y proporcionalmente si el incumplimiento es parcial.

La obligación relativa a la certificación COPC-2000 PSIC GOLD es una de las varias obligaciones a cargo de Contact Center Americas, razón por la cual se está en presencia de un incumplimiento parcial. En esta medida la aplicación de la pena se hizo de la manera

proporcional más favorable posible para dicha sociedad, puesto que, como se señaló en la contestación de los hechos de la demanda, apenas representó un 0.45% del precio del contrato.

1.d.4. La demanda de reconvención

1.d.4.a. Pretensiones de la demanda de reconvención

Solicitó la demandante en reconvención que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1º Se declare que Contact Center Americas S.A. aplicó indebidamente la fórmula establecida en el Contrato 4200005519 para liquidar y facturar los turnos de trabajo de 3 y 6 horas durante el período comprendido entre el 1° de noviembre de 2003 y el 30 de diciembre de 2005.

2º En consecuencia, que se condene a Contact Center Americas S.A. a restituir el mayor valor pagado por ETB, que se demostrará en el curso del proceso, más los intereses comerciales vigentes que se hayan generado desde las fechas en que ETB pagó dichos valores y hasta que se pague definitivamente la obligación.

En subsidio, que se condene a Contact Center Americas S.A. al pago de esta suma de dinero actualizada monetariamente a la fecha definitiva de pago, más los intereses legales de plazo que se hayan generado desde las fechas en que ETB pagó dichos valores.

3º Se declare que el Acuerdo Modificatorio suscrito entre el Sr. Pedro Gasca y Contact Center Americas S.A. el 21 de diciembre de 2004 es inoponible a ETB.

4º Como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones anteriores, solicito al Tribunal declarar que durante la vigencia del Contrato 4200005519 la liquidación, facturación y cobro de los turnos de trabajo de 3 y 6 horas debe efectuarse de conformidad con lo establecido en el Contrato 4200005519, esto es, sin incluir los tiempos de descanso.

5º Se condene a Contact Center Americas S.A. a pagar las costas y agencias en derecho que se causen en el curso de este proceso arbitral".

En subsidio de las pretensiones 1 y 2, solicitó que:

"1º Se declare que Contact Center Americas S.A. aplicó indebidamente la fórmula establecida en el Contrato 4200005519 para liquidar y facturar los turnos de trabajo de 3 y 6 horas durante el período comprendido entre el 1° de noviembre de 2003 y el 21 de diciembre de 2004, fecha en la cual el Sr. Pedro Gasca celebró en nombre de ETB el Acuerdo Modificatorio que cambiaba la fórmula para la liquidación de los turnos.

2º En consecuencia, se condene a Contact Center Americas S.A. a restituir el mayor valor pagado por ETB, durante el período comprendido entre el 1 de noviembre de 2003 y el 21 de diciembre de 2004, que se demostrará en el curso del proceso, más los intereses comerciales vigentes que se hayan generado desde las fechas en que ETB pagó dichos valores y hasta que se pague definitivamente la obligación.

En subsidio, se condene a Contact Center Americas S.A. al pago de esta suma de dinero actualizada monetariamente a la fecha definitiva de pago, más los intereses legales de plazo que se hayan generado desde las fechas en que ETB pagó dicho valores.

1.d.4.b. Resumen de los hechos

El siguiente es el resumen de los hechos más relevantes de la demanda de reconvención:

1. El 31 de octubre de 2003 se suscribió el contrato No. 4200005519 entre ETB y CONTACT CENTER AMERICAS S.A.

2. En los Términos de Referencia (Cláusula 3.8.1, página 79) y en la Oferta (Cláusula 3.8.1, página 122) presentada por CCA, se dijo:

   "Los turnos del personal que se contrate por medio de esta oferta deben ser de 6 o 3 horas, para la operación telefónica y 6 u 8 para la operación multicanal. <u>Estos turnos no incluyen el tiempo de descanso de los agentes, excepto en los turnos de 8 horas</u>. Todos los agentes deberán asistir a un preturno obligatorio de 15 minutos. Los tiempos de descanso se deben ajustar a la siguiente tabla:

TURNO	*TIEMPO DE DESCANSO*	*TIEMPO DE PRETURNO*	*TIEMPO TOTAL EN OPERACIÓN*
3 Horas	*1 break de 15 minutos.*	*15 minutos*	*3 horas y 30 minutos.*
6 Horas	*2 break de 15 minutos.*	*15 minutos*	*6 horas y 45 minutos.*
8 Horas	*2 break de 10 minutos y 1 hora de almuerzo y comida.*	*15 minutos*	*9 horas y 15 minutos.*

Por su parte en la oferta presentada por CCA, se transcribe lo señalado en los términos de referencia, y, sobre el particular señala:

"RESPUESTA: ENTENDIDO Y ACEPTADO. Los turnos de 3 horas se manejarán de manera excepcional para racionalizar costos especialmente de capacitación"

3. CCA, aplicando indebidamente la formula para liquidar su remuneración, cobró por la prestación del servicio, desde la iniciación del contrato (1° de noviembre de 2003) hasta diciembre de 2005, un mayor valor al pactado, incluyendo en la liquidación de los turnos los tiempos de descanso de los agentes.

4. Durante el período comprendido entre el 1° de noviembre de 2003 y el 31 de diciembre de 2005, ETB pagó equivocadamente el mayor valor cobrado y facturado por CCA.

5. El 21 de diciembre de 2004, CCA y el Señor Pedro Gasca en representación de ETB, suscribieron un documento cuya intención era modificar las Condiciones Operativas Técnicas que inicialmente se habían pactado para la ejecución del contrato.

6. El Señor Pedro Gasca era apoderado de ETB, de acuerdo con el poder que consta en la Escritura Pública 2186 del 25 de octubre de 2004, otorgada en la Notaría 46 del Círculo de Bogotá. Este poder está inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá y no tenía facultades para suscribir el documento que suscribió.

1.d.5. La contestación de la demanda de reconvención

El resumen de las excepciones presentadas por el apoderado de CCA a la demanda de reconvención puede presentarse de la siguiente manera:

- El acuerdo modificatorio suscrito el 21 de diciembre de 2004 vincula a ETB

Si bien es cierto que el valor del contrato 4200005519, para el 21 de diciembre de 2004, era superior a los $28.000 millones, no es cierto que el valor del acto suscrito en esa fecha por el señor Gasca, en representación de ETB y CCA que modificó el contrato en cuanto a las condiciones técnicas y operativas de ejecución del mismo, tuviera esa misma cuantía. Una cosa es el acto modificatorio en sí mismo, que consta en el documento suscrito por el señor Gasca y que no alteró el valor económico de las prestaciones a cargo de las partes, y otra cosa es la cuantía inicial del contrato modificado, la cual como se ha dicho, no sufrió variación alguna en virtud del acuerdo suscrito el 21 de diciembre de 2004. El acuerdo modificatorio no tuvo ninguna cuantía económica y por ello se trata de un acto realizado dentro de los límites del poder que el representante legal de ETB confirió al señor Gasca.

De otro lado, es importante tener en cuenta que ETB ejecutó el contrato con CCA en los términos convenidos en el acuerdo modificatorio suscrito el 21 de diciembre de 2004 durante todo un año. Así, durante todo el año 2005 CCA facturó la prestación del servicio contratado utilizando la fórmula prevista en dicho acuerdo modificatorio y ETB efectuó el pago de los servicios sin objetar la forma de liquidar el valor adeudado. Esta conducta implica la ratificación tácita por parte de ETB de los actos celebrados por el señor Gasca, en los términos previstos en los artículos 1752 y 1754 del Código Civil y 844 del Código de Comercio.

- Interpretación del contrato según la aplicación práctica de las partes

Según el último inciso del artículo 1622 del Código Civil, "*las cláusulas de un contrato se interpretarán... por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte*".

Tal como lo reconoce el apoderado de ETB en la demanda de reconvención, desde el 1º de Noviembre de 2003, es decir, desde el inicio mismo del contrato, CCA cobró los servicios

contratados incluyendo el tiempo de descanso de los agentes dentro del tiempo de servicio a facturar, que eran los términos contractuales, sin que la sociedad reconviniente formulase objeción alguna hasta el mes de enero de 2006.

1.d.6. Primera audiencia de trámite y pruebas decretadas

La Primera Audiencia de Trámite se llevó a cabo el 1º de septiembre de 2006. En esa oportunidad el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas a su consideración y decretó las pruebas a instancia de las partes y fijó fechas para su práctica (Acta No. 5, folios 160 a 173 del Cuaderno Principal No. 1).

En tal oportunidad se decretaron todas las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se relacionan a continuación:

Documentales:

Se agregaron al expediente los documentos aportados por las partes en las diferentes instancias procesales.

Dictamen Pericial

Fue rendido por la Dra. Maria Senit Naranjo Becerra el 21 de noviembre de 2006. El apoderado de la convocante solicitó dentro del término su aclaración y complementación, que se presentó el 17 de enero; luego de su aclaración, no se presentó objeción por error grave.

Interrogatorios de parte

El día diez (10) de octubre de 2006 absolvió el interrogatorio pedido por la parte convocante, el representante legal de la ETB doctor Carlos Alberto Malagón Bolaños (Acta No. 8). Por su parte el representante legal de CCA doctor Jorge Enrique Uribe Peña, absolvió su interrogatorio el día once (11) de octubre de 2006 (Acta No. 10).

Inspección judicial

El día 10 de octubre de 2006 se llevó a cabo la inspección judicial en las oficinas de ETB (Acta No. 9). Por su parte el once (11) de octubre de 2006 se hizo la inspección judicial en las oficinas de CCA (Acta No. 10).

Declaración de terceros.

Se practicaron la totalidad de las declaraciones testimoniales decretadas, con excepción de aquella de Esperanza Lineros, en virtud al desistimiento que hiciera el apoderado de CCA, mediante escrito de octubre 12 de 2006, el cual se ratificó en la audiencia del mismo día (Acta No. 12)

1.d.7. Alegatos de conclusión

Concluida la etapa probatoria, los apoderados de las partes y el señor agente del Ministerio Público, presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral en la audiencia del 10 de octubre de 2006; en la misma, luego de sus respectivas intervenciones, los apoderados de las partes entregaron, para anexar al expediente, los escritos que los contienen.

1.d.7.a. De Contact Center Américas

Se refiere el apoderado de CCA inicialmente al contrato celebrado el 31 de octubre de 2003 y a sus varios acuerdos modificatorios. Destaca que la cuantía inicial fue de $ 24.370.000.000 y que el pago se haría a todo costo, teniendo en cuenta el número real de turnos de seis horas, según cortes de cuentas mensuales. En su alegato separa el contrato y su desarrollo en diferentes etapas, haciendo especial énfasis en la manera en que se liquidan los turnos de trabajo.

Destaca también que CCA se comprometió a obtener la certificación COPC, para lo cual contó con la asesoría de la firma Kenwin, manifestando que su representada no incumplió con esa obligación contractual, en virtud a que ETB hizo modificaciones durante el proceso de certificación y que esta no era fundamental para el desarrollo del contrato.

El aspecto en el que se centra el mayor análisis es aquel de la forma en que se debe liquidar el servicio prestado por CCA. Señala que se hace a todo costo teniendo en cuenta turnos de

trabajo de 6 horas, tal y como se afirma en los términos de referencia del contrato y en la oferta, enfatizando que la fórmula “a todo costo” representa el valor de todos los cargos y costos que se imputen de manera directa e indirecta a la prestación del servicio, lo cual desde un principio fue el entendido que las partes comprendieron, al incluir en la tarifa el tiempo de descanso.

Apoyándose en las reglas de interpretación de los contratos, invoca los artículos 1618 a 1624 del Código civil, manifestando adicionalmente que de acuerdo con el art. 32 de la Ley 142 de 1994, al contrato materia de esta actuación le resultan aplicables las normas del derecho privado, por lo que se debe tener en cuenta la prevalencia de la voluntad real sobre la expresión material señalada en el contrato; así mismo, que la conducta de las partes es elemento fundamental para la interpretación del contrato.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que en los términos de referencia y en la oferta se establecía que la prestación del servicio se haría “a todo costo”, está claro que la intención de las partes fue la de incluir en el precio los descansos. Así mismo, se refiere a los contratos anteriores con Outsourcing y Saitel suscritos por ETB, en los que los descansos estaban incluidos en el precio, y que, ello estaba contemplado en el acuerdo de accionistas.

Dice que la interpretación del numeral 3.8.1. del contrato que hace ETB, no se ajusta a la oferta de servicios y a los términos de referencia, pues el descanso si estaba incluido en la liquidación del turno de trabajo. Así mismo, la diferencia que se establece en los términos de referencia referente al descanso en los turnos de trabajo de 3 y 6 horas frente a los de 8 horas, nada tiene que ver con el valor del contrato, pues esto está incluido en el capítulo de Gestión de Recurso Humano, que se refiere a la administración de los turnos.

De otra parte, en desarrollo de contrato, se encuentra que la intención de las partes jamás fue que CCA asumiera los tiempos de descanso, para lo cual invoca jurisprudencia acerca del principio de interpretación de los contratos, enfatizando que ésta debe ser integral y sistemática.

Señala que solamente a partir de 2006 la ETB descontó el 9,09% de las facturas al no reconocer el tiempo de descanso, después de dos años de estar el contrato en ejecución. Sobre ese particular reitera que el tiempo de descanso estaba incluido en el precio y que se debe pagar el dinero con intereses de mora. De acuerdo a lo señalado en el dictamen pericial la suma que debe pagar por los descansos la ETB a CCA es de $2.702.274.670 y los intereses de mora

desde el vencimiento de cada factura equivalen $268.776.512,8. Argumenta en subsidio, que si el Tribunal encuentra que ETB solo se constituyó en mora a partir de la presentación de la demanda, los intereses serían entonces de plazo, por la suma de $39.452.833,1 hasta la presentación de la demanda y desde ese momento hasta el laudo, intereses de mora por $ 169.920.988.

Respecto del Acuerdo Modificatorio de diciembre 21 de 2004, afirma, en primer término, que no hay incremento en el valor del contrato, por lo que el señor Pedro Gasca no excedió sus facultades. El acta no tenía cuantía, solamente modificó las condiciones técnicas y operativas del contrato. Allí se incluyó una fórmula para la liquidación de los turnos de trabajo, evitando mayores desgastes en el proceso de control de tiempo de los turnos de trabajo por parte de ETB, pero no hubo variación en la cuantía del contrato, es decir, en ese sentido el contrato no se reformó, sino que tan solo se aclaró al introducir la formula para la liquidación. En segundo término, considera que el acuerdo se firmó con conocimiento de otros funcionarios de ETB. Este fue el fruto de reuniones y negociaciones entre las partes y no se hizo de espaldas a los demás funcionarios de la convocada. En tercer término, estima que el acuerdo fue ratificado tácitamente por las partes, pues se ejecutó con la fórmula que allí se estableció durante todo el año 2005 sin que la ETB hiciere ningún tipo de objeción. Invoca los artículos 1266 del código de comercio y 2162 del código civil, señalando una ratificación de los términos de ese acuerdo modificatorio por parte de ETB. Finalmente, invoca la teoría de una representación aparente en virtud al conocimiento de esas modificaciones por parte de otros funcionarios de la ETB, por lo que obrando CCA como un tercero de buena fe, creía estar tratando con una persona facultada para comprometer a la empresa.

En lo atinente a la sanción impuesta a CCA, admite que contractualmente se impuso a CCA la obligación de obtener la certificación COPC – 2000 en un plazo de 12 meses, que luego fue extendida hasta el 30 de abril de 2005. Pasa a enumerar las diferentes etapas del proceso de certificación: diagnóstico, capacitación y formación, ajuste y mejora de la operación y auditoria y certificación. Señala que el consultor Kenwin recomendó unos cambios para mejorar la operación y que ésta coincidiera con la norma COPC. En estos ajustes, afirma que ETB implementó cambios a la operación, particularmente a los centros de contacto, lo que retrasó el proceso, modificando los procedimientos a certificar. Por tal razón el periodo de 9 meses para demostrar el cumplimiento de los estándares, se debería volver a contar a partir de esos cambios. Esas modificaciones en los procedimientos para la prestación del servicio fueron la

única causa para que no se obtuviera la certificación, pese a lo cual la misma se cumplió en un 96%, según certificación que obra en el expediente. Así mismo señala que la CCA ha prestado el servicio dentro de los estándares de calidad y que la ETB perdió interés en la certificación, a tal punto que dejó de exigirla en contratos posteriores que suscribió para la prestación de servicios similares. Sobre el dictamen pericial, en lo que se refiere al cumplimiento del 0% en el proceso de certificación que menciona la auxiliar de la justicia, dice que está omitió esa constancia de avance y que sobre ese particular el dictamen no debe ser acogido por el tribunal, manifestando que el tribunal puede apartarse del dictamen pericial así este no haya sido objetado. Por todo lo anterior estima que el incumplimiento no es imputable al deudor, por lo que no se puede imponer la pena. En subsidio, argumenta que el monto de la sanción no guarda proporción con el supuesto incumplimiento y que fue impuesto por ETB de manera unilateral sin que estén claros los parámetros que utilizó para su cuantificación, por lo que el juez puede reducirla.

1.d.7.b. De Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá:

Centra su alegato el apoderado de la ETB en dos aspectos fundamentales, a saber: el pago del turno de trabajo y la sanción impuesta a CCA por la no obtención de la certificación.

Respecto del primer tema, haciendo alusión a los términos de referencia y a la oferta que hacen parte integral del contrato, señala que CCA debe pagar los descansos de los turnos de trabajo de 3 y 6 horas, tal y como se establece en la cláusula 3.8.1 de la oferta, en donde se establece una clara distinción entre los turnos de 3 y 6 horas con los de 8, excluyéndose para los primeros la posibilidad de cobrar el tiempo de descanso. Señala que CCA no probó el número de turnos de 8 horas ejecutados en desarrollo del contrato, por lo que no se debe entonces reconocer suma alguna por concepto de descansos, pues son estos turnos de 8 horas los únicos que establecen la obligación al pago por parte de la convocada, por lo menos hasta el acuerdo modificatorio de diciembre 21 de 2004. Así mismo, dice que es irrelevante traer como referencia otros contratos suscritos por ETB como son los de Saitel y Outsourcing, en los que sí se reconocía el tiempo de descanso, pues estos contratos son independientes a la materia de este proceso arbitral.

Dice que las partes ejecutaron de manera equivocada el contrato, lo que se pretendió subsanar con el acuerdo modificatorio. Invoca el artículo 1602 del código civil, donde se establece que el

contrato es ley para las partes y cita una jurisprudencia en la que destaca que no hay lugar a interpretación cuando el contrato es claro. Igualmente afirma que haberse autorizado los pagos desde octubre de 2003 hasta el 2005, no significa que tácitamente se haya aceptado la reconducción del contrato. En consecuencia, la ETB no debe pagar los descansos, sino hasta después del acuerdo modificatorio, en el caso en que el Tribunal encuentre que dicho acuerdo le es oponible a su representada.

Pero en este momento de su argumentación, considera que el acuerdo modificatorio no le es oponible a ETB por la insuficiencia del poder de quien lo suscribió. Señala que en ese acuerdo modificatorio se cambiaba la fórmula matemática que permitía liquidar los turnos de trabajo, por lo que el acuerdo es un acto que sí tiene cuantía y que esta excede la facultad del firmante. En efecto, el señor Pedro Gasca era apoderado de la ETB pero tenía facultades restringidas para comprometer a la empresa, habiendo señalado el poder un límite de 1.000 S.M.M.V. y que como se trata de una acto con cuantía en vista que la nueva fórmula hizo subir el valor del contrato, el señor Gasca carecía de facultades y dicho acuerdo no le resulta oponible a ETB. Para ese efecto no solo menciona que al poder se le dio la respectiva publicidad inscribiéndolo en la Cámara de Comercio, sino que además invoca los artículos 833 y 841 del Código de comercio.

Respecto del segundo tema, el de la cláusula penal, afirma que se estableció en el contrato la obligación de obtener por parte del prestador del servicio, es decir CCA, la certificación COPC – 2000; que el representante de esta aceptó no haber obtenido la certificación no solo por razones imputables a ETB como serían las modificaciones que se introdujeron para la prestación del servicio en desarrollo del contrato, sino también por razones imputables a CCA como sería, entre otras, el cambio en la Gerencia General de esta. Siguiendo con su argumento, expresa que no fueron los cambios en la operación solicitados por la ETB, como lo afirma su contraparte, la causa del incumplimiento –prueba de ello es que se prorrogó el término para obtener la certificación-, “sino mas bien los requerimientos de otros clientes y la suspensión misma del contrato por el cambio de gerente de CCA”. Estima que la cláusula penal, por tratarse de un contrato que se rige por las normas del derecho privado, proviene del principio de la autonomía de la voluntad, por lo que el haber pactado la multa en el contrato y posteriormente haberla aplicado y cuantificado, es perfectamente lícito. Frente a la cuantía de la sanción impuesta, manifiesta que la cláusula penal pactada era del 50% del precio del contrato, por lo que la multa de US $ 57.000 equivale apenas al 0,45% del valor del contrato, lo que hace evidente que la cuantía es muy inferior a lo que se pudo haber impuesto tal y como se dispuso en el contrato. De

otra parte, se evidencia que el plazo fue ampliado, a tal punto que la sanción solamente se impuso el 27 de octubre de 2005. En ese orden de ideas, señala que la sanción debe ser confirmada de la manera en que fue impuesta.

1.d.7.c. El agente del ministerio público

Hace inicialmente un análisis de los contratos estatales, señalando su naturaleza y características, con especial énfasis en lo relativo al equilibrio contractual. Al igual que las partes, identifica el origen del conflicto, en primer término, en la liquidación de los turnos de trabajo y en el acuerdo modificatorio de diciembre 21 de 2004, y, en segundo término, en la imposición de la cláusula penal. Respecto del primer tema, afirma que la ETB utilizó el mismo esquema que venía utilizando en otros contratos, cuya ejecución y remuneración jamás fue discutida. Estima que fue clara la intención de los contratantes en el sentido de que se trataba de un contrato "a todo costo", lo que significa que los descansos formaban parte del acuerdo, por lo que deben prosperar los cargos de CCA sobre la manera de liquidar los turnos de trabajo. Manifiesta igualmente que no se encuentra probado que la entidad convocada y demandante en reconvención haya adelantado acción alguna en contra del señor Pedro Gasca, que fue quien suscribió el mencionado acuerdo, razón que por demás refuerza que el acuerdo le es oponible a la ETB. Respecto de la imposición de la cláusula penal, afirma que dicho cargo no debe prosperar para CCA, puesto que no se probó que CCA haya logrado la certificación y que su incumplimiento es total, por lo que no solo es procedente la sanción, sino que, no debe reducirse. Sustenta su posición en el principio reglado en el artículo 1602 del código civil referente a que el contrato es ley para las partes.

En conclusión solicita que se atiendan favorablemente las pretensiones segunda, tercera, cuarta y sexta de la demanda, con la salvedad de la primera y primera subsidiaria que no deben prosperar.

1.d.8. Término de duración del proceso

El artículo 103 de la ley 23 de 1991, establece que, "si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, ésta será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite."

La primera audiencia de trámite se inició y finalizó el 1º de septiembre de 2006 (acta No. 5); de acuerdo a lo anterior, el término de este proceso iría inicialmente hasta el 1º de marzo de 2007. Según el artículo 103 citado, al término "*se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso";* por ello para el cómputo debe tenerse en cuenta que por petición conjunta de los apoderados de las partes el proceso se suspendió en las siguientes fechas:

- De septiembre 15/06 a octubre 9/06 (25 días)
- De octubre 13/06 a noviembre 13/06 (32 días)
- De noviembre 22/06 a diciembre 5/06 (14 días)
- De febrero 10/07 a abril 15/07 (34 días)

Las suspensiones suman en total ciento cinco (105) días, por esta razón el término para proferir el laudo va hasta el 15 de junio 2007. Así, el Tribunal se halla dentro de la oportunidad legal para dictar el laudo.

2. Consideraciones

Basado en los antecedentes del litigio que se han dejado consignados, pasa el tribunal a realizar las consideraciones que servirán de apoyo a la decisión que proferirá. De las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda que dio inicio al trámite arbitral, así como de aquellas de la demanda de reconvención, encuentra el tribunal que la presente litis plantea dos problemas jurídicos fundamentales. De una parte, aquel relacionado con la liquidación de los turnos de trabajo. Este aspecto es el más relevante desde el punto de vista económico y consiste, en síntesis, en determinar a quién corresponde contractualmente el pago de los descansos de los turnos de trabajo. El otro aspecto de la litis es el relacionado con la sanción por incumplimiento que impuso la ETB al CCA.

Determinados ambos problemas jurídicos, pasa el tribunal a estudiarlos en su orden.

1º La liquidación de los turnos de trabajo

Este aspecto muestra dos posiciones antagónicas reflejadas en las respectivas demandas así como en la argumentación que cada una de las partes ha esgrimido durante el trámite arbitral. Así, la entidad convocante solicita que se declare la validez de los pagos que le fueron realizados por la ETB entre el 1º de noviembre de 2003 y el 31 de octubre de 2004, al igual que de aquellos realizados entre el 1º de noviembre de 2004 y el 31 de diciembre de 2005, y, a su turno, que se declare que la ETB incumplió el contrato por descontar sumas de dinero a partir del 1º de enero de 2006 hasta la fecha del pronunciamiento del laudo. Solicita entonces que se ordene pagar a la ETB las sumas de dinero que su representada ha dejado de percibir, con los respectivos intereses. En una posición diametralmente opuesta, la entidad convocada solicita que se declare que el CCA aplicó incorrectamente las fórmulas de pago de las prestaciones en estudio, durante el período comprendido entre el 1º de noviembre de 2003 y el 31 de diciembre de 2005 y que en consecuencia se condene a su restitución, incluyendo los intereses correspondientes. Asimismo solicita que se tengan como válidos los descuentos realizados en las facturas a partir del 1º de enero de 2006 y hasta la terminación del contrato. De otra parte, solicita que el Acuerdo modificatorio del contrato suscrito por el Sr. Pedro Gasca el 21 de diciembre de 2004, se considere inoponible a su representada y que en consecuencia se declare que dicha modificación no tiene efectos en lo que a la liquidación de los turnos de trabajo se refiere. Tal inoponibilidad cobra importancia para la sociedad convocada en la medida en que mediante dicho Acuerdo modificatorio se estableció una fórmula de liquidación que suponía que las horas de descanso debían ser incluidas en la prestación a pagar a CCA, lo cual, a más de no haber sido suscrito por un funcionario competente, no obedece a la interpretación que debe darse al contrato.

La posición de cada una de las partes que se deja resumida tiene, razonablemente, un sustento contractual. Así, para el CCA del conjunto del clausulado contractual se infiere claramente que el descanso está cobijado, no solo porque en los términos de referencia, en la oferta por ella presentada y en el anexo financiero del contrato se afirma expresamente que la liquidación del turno de trabajo se hace “a todo costo”, sino porque en su cláusula quinta se enuncia que los pagos se deben realizar por los servicios efectivamente prestados en el respectivo mes, con lo cual nuevamente quedan incluidos los períodos de descanso, obligatorios legalmente. Para dicha sociedad, en efecto, los turnos de trabajo se convinieron en 6 horas a todo costo, lo cual supone que se deben liquidar teniendo en cuenta el valor de $ 58.202 que fue el convenido por

las partes, considerando los descansos de 5 minutos por cada hora de trabajo. A su turno, la entidad convocada, igualmente con argumentos razonables, se apoya en los términos de referencia (numeral 3.8.1.) y en la oferta presentada por CCA, que le permiten inferir que los únicos turnos que suponen el pago del descanso remunerado son aquellos de 8 horas, con lo cual se excluyen los turnos de 6 y de 3 horas. Es decir, para la ETB debe prevalecer el texto del numeral 3.8.1. frente a las previsiones contractuales que indican que las tarifas deben ser pagadas "a todo costo".

Así las cosas, lo menos que puede afirmar el tribunal es que existe una duda razonable en cuanto al alcance de la interpretación del contrato original, de la oferta, de su aceptación y, por consiguiente, de la manera como deben ser liquidadas las prestaciones derivadas de los turnos realizados por los operarios del centro de operaciones del CCA. La significación de la enunciación "a todo costo" y su interpretación armónica respecto de las otras previsiones del contrato plantea, en efecto, dudas en cuanto a la fórmula que tal expresión supone para determinar si se deben o no incluir los tiempos de descanso de los operarios. Y ello porque del conjunto del acervo probatorio existen elementos de juicio que permiten inferir que no se trata de un falso problema jurídico creado en aras de pasar por alto la claridad de un comportamiento exigible contractualmente. Si así fuere, bastaría a este tribunal afirmar que el tiempo de descanso se encuentra o no se encuentra claramente determinado en el texto del contrato. Pero lejos se está de permitirse una tal actitud.

Lo anterior no niega el principio general que enuncia "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de estudiar su espíritu" (Artículo 27 C. civ.). Y no lo niega porque, como se ha dicho, del conjunto del clausulado contractual no aparece "el sentido claro de la ley" que limite la posibilidad interpretativa a una lectura literal de una cláusula específica del contrato, motivo por el cual el juez del contrato debe buscar otros criterios que le permitan llegar a una decisión ajustada a derecho. En este sentido ha expresado la jurisprudencia que, "si bien es cierto que cuando un acuerdo de voluntades se encuentra plasmado en un documento que recoge con toda claridad los extremos de la relación jurídica y la voluntad de las partes, el esfuerzo interpretativo, que lo hay, es mínimo, también lo es que cuando el documento se ofrece oscuro, son las partes primeramente las interesadas en que un tercero, el juez, destrabe esa disconformidad sobreviviente, para lo cual goza éste para la tarea que ha de emprender, de otras herramientas de hermenéutica (…) y esta labor de hermenéutica supone además un examen del contenido total del documento, de la historia o del desenvolvimiento del acuerdo cuando él es de

tracto sucesivo, y en fin, implica el uso de herramientas de búsqueda de la voluntad real de las partes, brindadas por la ley al juez, quien se formará una idea o varias acerca del verdadero sentido del acto jurídico que analiza" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de octubre de 2000, ponente: Santos Ballesteros, demandante: Esso Colombiana Limited, expediente nº 6357). Es así como, a pesar de no encontrarse el tribunal en la hipótesis en la cual su campo de interpretación es mínimo, como sería el caso en el cual existiere claridad de la prestación contractual que se discute, es necesario que el esfuerzo interpretativo ausculte otros elementos que las reglas de la hermenéutica le ofrece.

Partiendo de esta premisa fundamental, es decir, la razonable diferencia de interpretación que dan las partes al contrato, encuentra el tribunal que el presente litigio se centra en el clásico problema del alcance de la interpretación de los contratos. No se debe olvidar que el contrato es ley para las partes y que su inteligencia debe tener en cuenta criterios de interpretación esbozados por las normas jurídicas y ratificados por la doctrina y la jurisprudencia. Así, el artículo 1618 del Código civil cuando enuncia que, "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", será de extrema utilidad en el caso concreto. Dicho artículo, que expresa lo que en doctrina se ha denominado "interpretación subjetiva", entendida como aquella que se sustenta en "la idea de la autonomía de la voluntad y en el liberalismo jurídico, económico y social, con lo cual se condena la teoría de la declaración de la voluntad" (B. Starck, H. Roland y L. Boyer. Droit civil. Les obligations. Le contrat, Ed. Litec, 6ª ed., París, 1998, p. 67), permite al juez, cuando el asunto sometido a su consideración no exprese claridad respecto de lo que fue la declaración de voluntad de los contratantes, referirse a la intención de los mismos. Pero dicho criterio no es excluyente con aquél que, sin centrarse en la indagación acerca de la intención de las partes, se remite al texto mismo del contrato, en concordancia con el artículo 1621 del Código civil, que enuncia "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad". Refiriéndose a la obligación del juez de tener en cuenta varios criterios interpretativos cuando no aparece con claridad el sentido del contrato, ha expresado el Consejo de Estado que, "bien sabido se tiene que las reglas de interpretación de los negocios jurídicos y, específicamente, de los contratos, indican que en cuanto a lo primero ha de averiguarse la denominada voluntad común de los contratantes, entendiendo por ella el contenido perseguido por las partes, en aplicación de la denominada interpretación *subjetiva* o *histórica,* a la que se refiere claramente el art. 1618 del Código Civil y, de no ser ello posible, bien por carencia de una literalidad suficientemente expresiva o por deficiencias en la claridad y precisión de la redacción

impartida por las partes al negocio, puede el juez, dentro del respeto del contenido negocial, optar por aplicar los principios de la conservación del contrato, así como acudir a las prácticas generales en el ámbito contractual de que se trate, para dirimir las ambigüedades y disparidades que una defectuosa redacción de los términos técnico-jurídicos pueda generar en la búsqueda de la recta inteligencia del negocio objeto de interpretación" (CE, Sección Tercera, 15 de octubre de 1998, ponente: Suárez Hernández, expediente nº 11966).

Apoyado en los anteriores criterios generales, estima el tribunal, de conformidad con el agente del ministerio público, que la interpretación que debe darse al contrato supone la inclusión del pago de las horas de descanso a favor de la entidad convocante. En efecto, los reseñados criterios de interpretación de los contratos permiten al unísono una tal conclusión, partiendo, naturalmente, de los elementos que arroja el acervo probatorio, como pasa a verse.

Así, se puede constatar que el texto original del contrato no solo no estableció una cláusula expresa donde de manera inequívoca se dijera a quién correspondía asumir la prestación en estudio, sino que tampoco, expresó una fórmula para realizar la liquidación de la misma. La insuficiencia de la redacción del contrato se presentó entonces desde un doble punto de vista: ni se dijo con claridad meridiana a quién correspondía una prestación que en todo caso se causaba frente a los operarios del Contact Center, ni se dijo cómo la misma debía ser liquidada. Lo anterior se desprende del texto mismo del contrato. Es así como, por ejemplo en la cláusula 5ª del contrato 4200005519, relativa a la forma de pago, se establece que, "ETB pagará el precio de los servicios mediante cortes mensuales sobre la cantidad de servicios efectivamente prestados en el respectivo mes, a los cuarenta y cinco en letras (45) días calendarios siguientes a la radicación, en la Coordinación Cuentas por Pagar de ETB, de la factura acompañada del acta de recibo correspondiente suscrita por el supervisor del contrato". Como se observa, nada se dice respecto a los descansos de los turnos de trabajo, ni a cargo de quien está el pago de dicha obligación.

Pero tal ausencia de claridad no significó ausencia de previsiones sobre la prestación en litigio. Es por ello que, el juez debe referirse a los demás elementos del contrato que lo llevan a una interpretación sistemática. Es así como, el enunciado "a todo costo" se encuentra inserto en el numeral 2.2 VALOR DE LA OFERTA incluido en el capítulo 2. PRECISIÓN CONDICIONES FINANCIERAS de los términos de referencia del contrato, donde también se incluye además en el numeral 2.1. lo relativo al precio del contrato, situación esta relevante para el tribunal. Por su

parte, la exclusión de los descansos en los turnos de 3 y de 6 horas para efectos del cómputo del tiempo de la operación de los turnos, se incluyó en el capítulo 3. CONDICIONES OPERATIVAS – TÉCNICAS, numeral 3.8 GESTIÓN DEL RECURSO HUMANO, específicamente en el sub-numeral 3.8.1 ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL. Para efectos de una correcta interpretación, se debe tener en cuenta que la disposición donde se indica que el precio se maneja "a todo costo" está incluido en el acápite relativo a las condiciones financieras del contrato, en tanto que aquella que excluye para efectos del cómputo del tiempo de operación los descansos en los turnos de trabajo, se refiere a las condiciones operativas-técnicas y específicamente a la administración de personal. Por tal razón, el principio de especificidad de la cláusula da una clara muestra del valor que se debe dar al contrato, respecto de quién debía asumir el costo en estudio. En efecto, el intérprete debe auscultar la voluntad de las partes, remitiéndose al contexto donde ellas lo expresaron. Por tanto, para dirimir una diferencia relativa al valor de la prestación, el tribunal debe remitirse al clausulado relativo a las condiciones financieras, más que a aquel de las cláusulas sobre la administración del personal.

Teniendo en cuenta la importancia que cobra el término "a todo costo", se debe entonces entrar a indagar su significado. En este sentido quedó claramente instruido el tribunal. Significa, simplemente, que el precio de la prestación incluye todo aquello que sea menester para producirla. Los testimonios en este sentido son diáfanos.

Manifiesta María Victoria Gantivar quien es gerente administrativa y financiera de CCA.

DR. LONDOÑO: Me gustaría que nos explique si en este contrato se hace referencia a un pago todo costo y qué se entiende en el mercado de las telecomunicaciones por una remuneración a todo costo?

SRA. GANTIVAR: (…) Es que nosotros estamos asumiendo absolutamente todos los costos directos, indirectos o adicionales que se tengan, es así tanto a todo costos como que a todo costo esta este break que los muchachos toman y están todos los parámetros, toda la mecánica, toda la parte técnica como tal estamos parametrizando a todo costo.

Igualmente Clara del Pilara Patiño, gerente de gestión humana de CCA.

DR. LONDOÑO: Nos gustaría que nos explique a qué se refiere el término todo costo en la fórmula de pago de los servicios de Contac center.

SRA PATIÑO: (…) Cuando yo le liquido a un cliente a todo costo, tengo que incluir todas estas variables y a todo costo le sale un poquito más alto.

DR. LONDOÑO: Para que quede claro el descanso queda incluido dentro del costo?

SRA. PATIÑO: A todo costo sí.

Finalmente Andrés Cepeda Andrade quien trabajó en la oficina de Plan de Transformación ETB en la época en la que se celebró el contrato y actualmente es gerente de operaciones de CCA.

DR. LONDIÑO: En este mismo sentido cuando ustedes hablan en el mercado de servicio de telecomunicaciones a todo costo, qué se entiende entre los profesionales del área cuando yo le cotizo a todo costo?

SR. CEPEDA: Que incluye todos los servicios que se prestan, o sea todos los costos inherentes la operación, incluidos todos los descansos de la gente, o sea no se debe cobrar nada aparte sino está incluido dentro de ese valor.

Entonces, si el contrato establece dicha alocución, que tiene un significado especial dentro del contexto comercial en el cual se mueve la prestación; si la misma está ubicada contractualmente en los apartes que reglamentan el precio de la prestación, lo mínimo que puede hacer el tribunal es aplicarla preferentemente sobre aquella que enuncia que los turnos de 8 horas son los únicos que tienen incluido dicho componente del precio. Es decir, si bien es expresa la frase que enuncia que, “estos turnos no incluyen el tiempo del descanso de los agentes, excepto en los turnos de ocho horas”, la interpretación sistemática del contrato permite entender que la misma fue establecida en aras de dar los parámetros generales sobre cómo debía el personal operar en los turnos, sin que ello supusiera una influencia de la estipulación sobre el precio de la prestación.

Hasta aquí ha avanzado el tribunal en el sentido de afirmar que, bajo una interpretación razonable del texto del contrato, se puede inferir que el valor del descanso en litigio se concibió

incluido en el precio que tenía derecho a cobrar CCA a ETB. Pero aún aceptando que pudieran existir dudas sobre tal conclusión, que no las tiene el tribunal, la misma se ratifica indagando la intención de las partes acerca de cómo fue concebida y ejecutada dicha prestación. Esto es, aun admitiendo que el texto original del contrato presenta dudas y aún admitiendo que ellas podrían en caso tal operar a favor de la ETB –lo cual como se ha dicho, no se considera-, lo diáfano es que bajo el criterio interpretativo que obliga a indagar la intención de las partes, se puede observar que ella fue la de pagar en el precio el descanso. Es por ello que, se puede afirmar que de la lectura del artículo 1618 del Código civil se concluye que, indagada la intención de las partes y la conducta desplegada en desarrollo del contrato, la prestación es debida por la ETB.

En efecto, para ratificar esta conclusión, se puede recordar que es reconocido por ambas partes que desde el inicio de la ejecución del contrato hasta el mes de diciembre de 2005 se entendió que ETB debía reconocer a CCA el pago del tiempo de descanso de los operarios, como en efecto lo hizo, incluso aun después del acuerdo modificatorio de diciembre de 2004. Esto significa que la forma como las partes se comportaron frente al vacío contractual que no indicaba, por lo menos hasta diciembre de 2004, una fórmula para liquidar las prestaciones, así como los pagos realizados mes a mes durante la ejecución del contrato, muestran claramente que en el entender de ambas partes, el descanso estaba incluido.

Otro elemento a tenerse en cuenta es el artículo 1622 del Código civil, cuando enuncia en su inciso final, que la interpretación contractual también se puede realizar "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte". Del expediente se observa que además de las múltiples conductas desplegadas por la convocante que ratifican su conocimiento y conformidad con los términos del contrato, existen otros contratos suscritos posteriormente por la ETB en los cuales se incluye el precio que aquí se disputa.

No encuentra pues el tribunal ausencia de causa en dicho pago y menos aún objeto ilícito en el mismo. Todo lo contrario, estima que dicha prestación era una obligación emanada del contrato, por lo que la duda razonable que se derivo de un eventual pago en exceso, no es de recibo de este tribunal. Así lo establecen al unísono los criterios interpretativos que ha utilizado el tribunal.

El último punto sobre el que se va a referir el tribunal relativo al pago de los descansos, es el relativo al acuerdo modificatorio suscrito el 21 de diciembre de 2004 por el señor Pedro Gasca,

en nombre de ETB, el cual para el tribunal es oponible a la entidad convocada. Pero no solo quiere afirmarse, como se verá, que dicha modificación le es oponible. Quiere también afirmarse que la misma no cambió en nada la forma como venía liquidándose el pago de las prestaciones derivadas del contrato, puesto que, como está claro en el expediente, la suma de dinero que se pagó por los turnos de trabajo, tiene como soporte los mismos parámetros antes y después de la modificación del 21 de diciembre.

Sobre este particular se refieren algunos de los testigos, a saber:

Manifiesta María Victoria Gantivar quien es gerente administrativa y financiera de CCA.

"DR. LONDOÑO: Explíquenos por favor cómo funciona ese sistema de cobro de servicios de call center por turnos a que esta haciendo referencia?

SRA. GANTIVA: (…) Cuando se presentó el 21 de diciembre/04 la aclaración o el otrosí al contrato, lo que se pretendía era aclarar cómo íbamos a manejar los descansos porque obviamente para la administración como tal, para que de pronto si el muchacho llegaba a tomar más tiempo en su descanso lo íbamos a parametrizar y dentro de la misma práctica del mercado siempre se ha manejado que por hora trabajada son 5 minutos de descanso, entonces se hizo la fórmula de las mismas horas menos los 5 minutos por hora, dividido 5.5. que estaría compensado **y no varia en nada lo que nosotros veníamos cobrando sino que era mas específico el descanso como tal y así se siguió cobrando hasta la terminación" (**destacado fuera del texto).

Igualmente Andrés Cepeda Andrade quien trabajó en la oficina de Plan de Transformación ETB en la época en la que se celebró el contrato y actualmente es gerente de operaciones de CCA.

"DR. LONDOÑO: Desde el punto de vista del costo, de la estructura financiera de ese contrato, esa aclaración modificó algo?

SR. CEPEDA: No, desde ese punto de vista no modificaron ningún cambio, ni se iba a cobrar más, lo único que hacía era cambiar la fórmula para que diera lo que se estaba contemplando, pero si se en los estados financieros, la facturación era igual a lo que se había dado antes."

También señala Nelson Muñoz, quien trabajó como gerente de servicio al cliente de ETB

“DR. LONDOÑO: Considera o según el conocimiento que usted tiene del acuerdo modificatorio o aclaratorio de 2004 las condiciones económicas del contrato variaron o siguieron iguales?

SR. MUÑOZ: Para mi concepto las condiciones siguieron iguales, fue una aclaración, hubo un incremento por una negociación, pero a nivel de lo que fue la parte de personal, cuánto tiempo tenían, simplemente hubo una aclaración pero fue en las mismas condiciones.”

Como se observa, la modificación realizada al convenio, que buscó facilitar el procedimiento para la liquidación de los turnos de trabajo, no generó cambio económico alguno en el valor de la prestación materia de debate, razón por la cual no puede prosperar la pretensión de la convocada cuando solicita, como subsidiaria, que se declare la nulidad de los pagos realizados con posterioridad al convenio. Y ello, se reitera, porque el convenio no vino a agregar nada en términos de la declaración de voluntad que el tribunal ha discernido con apoyo en los criterios interpretativos referidos. Está claro que el acuerdo modificatorio en nada altera dicha declaración de voluntad en cuanto al pago de los descansos, sino que, hace alusión a la reforma de las condiciones operativas y técnicas del contrato mas no a sus condiciones económicas, por lo que resulta ser un acto sin cuantía, lo que hace que quien suscribe a nombre de ETB dicho documento, si estaba facultado para ello.

Adicionalmente, se destaca que el acuerdo modificatorio le es oponible a ETB, pues el mismo fue público, fue conocido por ambas partes, fue discutido y convenido entre ellas y por ello mal se podría admitir en este momento que no vincula a la parte convocante. Es que, aún con independencia de que se estime que el convenio no tiene contenido económico porque no varió ninguna prestación contractual, el hecho es que su validez, proviene también del hecho que el funcionario obró facultado y autorizado por la entidad a la que representaba, ya que su actuación no fue clandestina y de ella tuvieron conocimiento diferentes instancias de la ETB, como lo reconoce en el interrogatorio de parte el representante legal de la entidad.

La conducta de la ETB con posterioridad al acuerdo modificatorio, ratifica los términos del mismo, pues en los diferentes testimonios se aprecia que la fórmula de liquidación de los turnos de trabajo incluida en el acuerdo modificatorio, si bien no cambió la estructura económica del

contrato, si modificó los procedimientos para ello y así lo hizo la empresa durante todo el año 2005, lo que reafirma los términos del acuerdo suscrito el 21 de diciembre de 2004.

De otra parte, el texto del acuerdo modificatorio y la conducta de la convocada con posterioridad a él, sirve para ratificar que los descansos de los turnos de trabajo de los operadores si estaban incluidos en el precio durante la primera etapa del contrato, es decir desde su inicio hasta el 21 de diciembre de 2004, pues después de su firma, no se hizo reclamo alguno por parte de ETB sobre lo pagado en esa primera etapa, pese a que en este documento se estableció la formula para la liquidación de los turnos de trabajo: "LA MODALIDAD DE PAGO SERÁ POR TURNO, **ENTENDIENDO TURNO COMO LA SUMATORIA DE TODAS LAS HORAS DE LOGUEO MENOS EL TIEMPO EN DESCANSO ESTABLECIDO PARA ESAS HORAS DE LOGUEO AL MES DIVIDIDO EN 5.5 HORAS…"**.

Lo anterior lleva a concluir que si ETB entendía que con anterioridad a ese acuerdo modificatorio, a los turnos de trabajo de 3 y 6 horas no se les reconocía el descanso y ese era el propósito del acuerdo modificatorio, habría entonces reclamado a CCA lo que pagó en exceso desde el inicio del contrato, lo que no hizo ni manifestó jamás sino hasta la demanda de reconvención. Esa actitud de la convocada y demandante en reconvención, muestra a las claras que el acuerdo modificatorio no cambió las condiciones económicas del contrato y que el descanso estaba incluido dentro del valor del contrato desde su inicio.

Con base en los anteriores argumentos, estima el tribunal que considera válidos los pagos efectuados por ETB a CCA desde el inicio del contrato hasta 31 de diciembre de 2005, esto es, que no existe ningún pago en exceso que haya hecho la ETB durante ese período.

Por su parte, frente a las sumas dejadas de pagar por parte de ETB durante el año 2006 (enero-julio), sea lo primero señalar que la Cláusula Quinta del contrato que se refiere a la forma de pago, establece que este se efectuará a los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la radicación de la factura junto con su acta de recibo. El artículo 1608 del Código civil establece en su numeral primero que el deudor está en mora cuando no ha cumplido con las obligación dentro del término estipulado, es decir, en este caso, una vez transcurridos cuarenta y cinco (45) días de radicada cada una de las facturas. Igualmente, la Cláusula Sexta del contrato establece la obligación al pago de intereses moratorios desde la fecha de la mora, hasta que se verifique su pago.

Ha señalado la jurisprudencia que, “el concepto de indemnización de perjuicios moratorios supone necesariamente, de conformidad con el ordenamiento jurídico, la configuración de la mora como un presupuesto indispensable para que se abra paso la pretensión indemnizatoria en dicha modalidad, pues sabido se tiene que también, a título de indemnización de perjuicios, existen los denominados compensatorios, que responden al sucedáneo que se reconoce al acreedor que ha experimentado un daño por el incumplimiento total o parcial de la prestación, modalidad ésta última diversa del perjuicio moratorio y en la cual el punto característico es el hecho escueto del incumplimiento, más propiamente, del daño experimentado por el acreedor ante la insatisfacción de su interés en la prestación por hechos imputables al deudor” (CE, Sección Tercera, 15 de octubre de 1998, ponente: Suárez Hernández, expediente nº 11966).

Y es claro que la jurisprudencia ha establecido un tratamiento diferente en cuanto tiene que ver con los intereses de mora, en el sentido de afirmar que éstos proceden cuando se trata de sumas de dineros dadas a título de pago. Así, se ha afirmado que, “de conformidad con lo expuesto la Sala infiere que, por tratarse de una suma de dinero que se entrega anticipadamente al contratista, no constituye una suma debida a título de pago, razón por cual su falta de entrega oportuna no produce los mismos efectos que el no pago oportuno de las actas parciales de obra, esto es, no determina la indemnización de perjuicios propia de la privación del pago de una suma de dinero, los intereses moratorios” (CE, Sección Tercera, 29 de enero de 2004, ponente: Hernández Enríquez, expediente nº 10779).

En el caso concreto es evidente que se trata de sumas de dinero constitutivas de pago de una prestación contractual, y que, de acuerdo a lo establecido en las cláusulas quinta y sexta del contrato el deudor está en mora de cumplir con dicha obligación, razón por la cual es procedente fijar los intereses moratorios. Adicionalmente, la ya invocada Cláusula Sexta establece una obligación en cabeza de EL CONTRATISTA, en este caso el CCA, de solicitar el reconocimiento de intereses a más tardar dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a que ETB pague el monto del capital en mora. Lo anterior indica que se establece una obligación al CCA de solicitar el reconocimiento de esos intereses de mora, obligación que se cumplió con la notificación del auto admisorio de la demanda, es decir, antes de que ETB hubiere pagado el monto del capital adeudado, lo cual a la fecha no ha ocurrido. Es pertinente decir que los intereses de mora se causan, como ya se anotó, a los cuarenta y cinco días (45) de radicadas las facturas, por lo que la notificación del auto admisorio de la demanda en este caso, no tiene el

efecto del requerimiento para constituir en mora al deudor como lo señala el inciso 2º del artículo 90 del C.P.C., situación ya establecida (la mora) con el mero transcurso de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la radicación de cada una de las factura (artículo 1608, inciso 1º del Código civil), sino que, la notificación del auto admisorio de la demanda, tiene en este caso el efecto de cumplir con la obligación de CCA de pedir a ETB el reconocimiento de los intereses de mora que ya están causados, tal y como lo exige la Cláusula Sexta del contrato.

En ese orden de ideas, este tribunal encuentra que la ETB debe cancelar a CCA por concepto de capital, las sumas que dejó de pagar en cada una de las facturas correspondientes al año dos mil seis (2006), es decir dos mil setecientos dos millones doscientos setenta y cuatro mil seiscientos setenta pesos con cincuenta y nueve centavos ($2.702.274.670,59) que corresponden al 9,09% del total de la facturación, equivalentes a los tiempos de descanso, suma de dinero que se deberá pagar junto con los intereses de mora por la suma de doscientos sesenta y ocho millones setecientos setenta y seis mil quinientos doce pesos con ocho centavos ($268.776.512,08). Se acoge en este sentido el peritaje rendido por la auxiliar de la justicia Maria Senit Naranjo, que por demás no fue objetado por ninguna de las partes.

2º La sanción por incumplimiento

Al igual que en lo relativo a la liquidación de los turnos de trabajo, la sanción impuesta por CCA a ETB por la no obtención de la certificación de calidad COPC, tiene posiciones antagónicas.

El contrato estableció la siguiente obligación a cargo de CCA "… *certificarse en un término no superior a 12 meses bajo el marco de trabajo de la Norma COPC-2000 PSIC Gold todos los centros de contacto telefónicos y virtuales de ETB*". Este plazo se extendió posteriormente hasta el 30 de abril de 2005.

A su vez, la Cláusula Décima del contrato dice:

> "*En caso de incumplimiento total o parcial de cualesquiera de las obligaciones del CONTRATISTA, se causará a su cargo una cláusula penal compensatoria equivalente al cincuenta por ciento (50%) del precio del contrato, si el incumplimiento es total y proporcionalmente si el incumplimiento es parcial. El pago de la pena no extingue para el CONTRATISTA en cumplimiento de la obligación principal. ETB podrá compensar el*

valor de la cláusula penal compensatoria hasta concurrencia de los valores que se le adeuden al CONTRATISTA por cualquier concepto. El CONTRATISTA renuncia expresamente a todo requerimiento para efectos de constitución en mora. ETB se reserva el derecho de reclamar perjuicios adicionales por encima del monto aquí pactado, siempre que los mismos se acrediten".

Argumenta CCA que es cierto que no se obtuvo la certificación en el plazo señalado, por factores externos imputables a ETB, entre otros, el cambio en los procedimientos para la prestación del servicio. Aceptan, sin embargo, que se presentaron problemas de orden administrativo que influyeron en el no cumplimiento de la certificación, y que, de cualquier manera, se alcanzó un cumplimiento superior al 60%. Incluso en su alegato señala haber tenido un cumplimiento superior al 90%, por lo que solicitaron a la ETB no impusiera la sanción o que en caso de imponerse, se hiciera por un monto menor. De otra parte, encuentra el CCA que la certificación no es un elemento esencial para el desarrollo del objeto del contrato, por lo que no debe operar la imposición de la cláusula penal.

Por su parte, ETB afirma que el incumplimiento de la obligación contractual se presentó, acepta que modificó los procedimientos, pero también afirma que se hizo una prórroga hasta el mes de abril de 2005 sin que el CCA cumpliera con su obligación. Es así como las circunstancias atenuantes en la estimación de la pena, como el cambio de condiciones que hiciera ETB y el avance en el proceso de certificación, fueron tenidas en cuenta, a tal punto que el monto de la sanción apenas representó un 0.45% del precio del contrato. De otra parte señala que los cambios de procedimientos no fueron la única causa para que no se pudiera obtener la certificación en el término establecido, por lo que el incumplimiento es imputable al CCA.

Sobre ese particular manifestó en su interrogatorio el representante legal de la convocante Jorge Enrique Uribe:

DR. MENDEZ: (…) podría decirnos qué otras causas no externas han originado el retraso en la obtención de esa certificación?

SR. URIBE: (…) la certificación no buscaba solamente certificar a ETB, la certificación es algo de la empresa completo, no es que el proceso de certificación lo estuviera buscando Contac center única y exclusivamente para las campañas de ETB, entonces uno hubiera podido certificar las

campañas de ETB si no hubiera habido los cambios continuos de ETB, pero como un proceso global también hubo algunas demoras de otros clientes, algunos cambios en las campañas de otros clientes.

Sobre las razones de la no obtención de la certificación COPC se pronunciaron también Maria Teresa Gantiva y Clara del Pilar Patiño gerente de gestión humana de CCA:

DR. MENDEZ: Aparte de las razones que usted ya mencionó, existen otras adicionales por las cuales el Contac Center no ha obtenido la certificación COPC?

SRA GANTIVA: el proceso realmente ha sido muy largo, veo que sí el proceso de cambio como tal sí se presentó y otra de lasa razones básicamente fue en cambio de administración que hubo en la empresa y también eso tardó un poco, básicamente son esas dos las razones por las cuales se ha llevado a cabo la tardanza.

DR. MENDEZ: En qué incidió el cambio de administración en la empresa?

SRA. GANTIVA: Digamos que en la frecuencia como tal, nosotros hicimos el diagnostico, hicimos el curso, en el momento de la implementación hubo un cambio de administración que mientras volvían a hacer una oferta, y volver a hacer un contrato porque se retomó todo el contrato otra vez hubo un poco de tardanza.

Por su parte Clara del Pilar Patiño dijo,

DR. MENDEZ: Cuáles son las razones de orden técnico que se han presentado para que Contac Center no tenga todavía la certificación COPC?

SRA PATIÑO: De orden técnico las que yo acabo de exponer que son las que hay que tener los indicadores con cierto comportamiento de los programas que se inscriben para la certificación y ha habido unos cambios sustanciales en los procesos de ETB que no solamente lleva un cambio, o sea un cambio de proceso puede implicar 50 cambios internos hasta de estructura, o sea la estructura cambia sustancialmente. Hay otros de orden administrativo que fue el cambio de administración, o sea lógicamente también hay un retraso.

De otra parte, el tema del cumplimiento parcial del proceso de certificación fue uno de los puntos del dictamen pericial. La auxiliar de la justicia describe las diferentes etapas que se deben agotar dentro del proceso para obtener la certificación COPC. Adicionalmente, frente la pregunta relativa al porcentaje que se adelantó al momento del vencimiento del plazo, la doctora Naranjo Becerra, manifestó, tanto en el dictamen inicialmente presentado como en la aclaración y complementación del mismo, que el avance en el proceso de certificación es del 0% en virtud a que en la fecha señalada, el objetivo no se había conseguido.

Señaló la perito Naranjo Becerra:

"Basada en la certificación expedida por el representante legal de Kenwin el 10 de Noviembre, donde aclara que los servicios contratados son los de Implementación del Modelo de Gestión COPC-2000, y específicamente informa que incluyen: "…soporte para el diseño y la implementación de enfoques para los cuales esta incluido el enfoque utilizado para la gestión de la calidad de la gestión", "…Nuestros servicios también incluyen la capacidad y el coaching a los mandos medios", (actividades todas pertenecientes a la 2 etapa de la propuesta y primer punto de la contratación; basada, adicionalmente, en que el documento entregado el 1 de septiembre, es el resultado de la auditoria de Testeo, ultima actividad propuesta en la etapa 2 de la del documento emitido por Kenwin el 12 de noviembre de 2004 y primer punto de la contratación en mayo de 2005, y considerando que: 1. Después de la descripción detallada de los servicios contratados, en los cuales no menciona en ningún momento el proceso de certificación, concluye el señor Del Riccio, gerente general de Fenwin, que a la fecha (10 de noviembre de 2006), se encuentran en un avance del 96% del cronograma de servicios contratados por Contact Center Américas; y 2. El 15 de noviembre la doctora Maria Teresa Gantivar Suárez, gerente Financiero Administrativo de CCA, informa que aun no se ha realizado ninguna auditoria de acreditación, lo que confirma y precisa, los términos de la certificación emitida por Kenwin, concluyo, que el porcentaje del proceso establecido por CCA y KENWIN, para la ***obtención de la certificación*** *bajo la Norma COPC-2000, por parte de CCA, es el 0%.*

Está claro entonces que no se obtuvo la certificación COPC dentro del término establecido por las partes; así mismo, se encuentra que existen causas imputables a CCA para que esto haya sucedido. Desde un punto de vista teórico, se puede afirmar que para efectos de producir una sanción se requiere la prueba de la culpabilidad. Sin embargo, como bien lo dicen los autores

españoles García de Enterría y Fernández, “se pretendió en tiempos que la responsabilidad administrativa a efectos de sanciones administrativas era una responsabilidad objetiva, que no requería de dolo o culpa en la conducta sancionable. Esta posición fue condenada, primero por la jurisprudencia, desde mediados de los años setenta, después por la regla de la aplicación general de los principios del derecho penal al derecho sancionador administrativo” (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Ed. Civitas, Madrid, 1998, tomo II, p. 173). Este principio, claro en el ámbito de la sanción administrativa en general, no es sin embargo aplicable a las sanciones que se establecen en un contrato. Sobre las sanciones, que son figura diferente a la posibilidad general de reclamar daños derivados por el incumplimiento, en la medida en que aquellas “son daños fijados tarifariamente en el contrato en previsión de tal o tal incumplimiento del cocontratante a sus obligaciones” (André de Laubadère, Franck Moderne y Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs, LGDJ, 1984, tomo 2, p. 136), se debe recordar que no necesariamente tienen que suponer un perjuicio a la otra parte contratante. Aun mas, realmente la diferencia esencial entre la reclamación de daños y perjuicios y la aplicación de una sanción contemplada en un contrato reside, precisamente, en que, “las sanciones se aceptan de pleno derecho por el solo hecho del incumplimiento del cocontratante sin que la administración tenga que establecer haber sufrido un perjuicio; el carácter reparatorio es por tanto menos evidente que en la aplicación general de la reparación de daños y puede aún desaparecer completamente en eventos en los cuales la administración no haya sufrido perjuicio alguno” (Ibidem, p. 139). Es por ello que la cláusula penal “implica siempre la existencia de dos obligaciones distintas: la principal nacida de cualquier fuente y que tiene su propio objeto, y la obligación penal que emana de dicha cláusula y cuyo objeto es la pena estipulada. Hay pues aquí dos vínculos obligatorios diferentes y con objetos igualmente distintos, lo cual no permite confundir esta figura con la de la obligación alternativa que, se repite, está constituida por un vínculo jurídico único que recae sobre dos o mas objetos” (Guillermo Ospina Fernández, Régimen general de las obligaciones, Ed. Temis, Bogotá, 2005, p. 137). Reside allí la razón por la cual, cuando se opta por la aplicación de la cláusula penal frente al incumplimiento, el acreedor está exento de la prueba del perjuicio: “el acreedor queda liberado de la carga, onerosa y difícil de ordinario, de probar que la infracción de la obligación principal le ha ocasionado perjuicios y cuál es la naturaleza de estos, pues mediando la cláusula penal, dichos perjuicios se presumen *iuris et de iure*, en forma tal que el deudor no es admitido a probar en contrario” (Ibidem, p. 149).

Ahora bien, el carácter objetivo de la sanción no supone que la misma debe indefectiblemente imponerse. En efecto, existen eventos que exoneran al contratante de soportar la sanción, como ocurre en el conjunto de la responsabilidad civil. Es así como, si se presenta una causal de fuerza mayor frente al incumplimiento o la imposibilidad en la que se haya colocado para cumplir, no habría lugar a la imposición de la multa. Sin embargo, el tribunal echa de menos cualquier causal que exonere al CCA de responsabilidad en este caso. No se invocó en este caso, causal alguna que permita considerar que la no obtención de la certificación es imputable a causa extraña del incumplido. El avance en el proceso de certificación no excluye que objetivamente no se logró la misma. De otra parte, frente al argumento a que la certificación no es una obligación esencial derivada del contrato, ni indispensable para una adecuada prestación del servicio, es pertinente señalar, que contrario a lo señalado por CCA, la obtención de una certificación de calidad para una empresa, no es cuestión de poca monta. No es ajeno al contratante, el que su prestador de servicios tenga una certificación de calidad, pues en ella confluyen diferentes factores del resorte en este caso del Call Center, como la determinación de funciones y competencias de cada uno de los funcionarios que intervienen en los procesos, la estandarización y homologación de procedimientos y en términos generales el establecimiento de parámetros que permiten medir la calidad del servicio , por lo que en este caso, la certificación de COPC es del interés de ETB.

Teniendo en cuenta las razones esgrimidas, el tribunal encuentra que existen suficientes razones de orden fáctico y jurídico que justifican la aplicación de la cláusula penal que impuso ETB al CCA, máxime si su aplicación equivale al 0,45% de la posibilidad económica sancionatoria permitida en la cláusula penal, con lo cual, se está lejos se está de pensar en que se violó principio alguno principio de proporcionalidad o de dosimetría. Si bien acepta el tribunal que CCA desplegó una importante labor que perseguía la obtención de la certificación COPC, y que, ninguna empresa en Colombia cuenta con dicha certificación, ello no impide afirmar que objetivamente se presentó el incumplimiento frente a una obligación que, como se ha dicho no es de poca monta para el contratante. En consecuencia, encuentra el tribunal que la imposición de la cláusula penal compensatoria impuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP a Contact Center Américas S.A. por la no obtención de la certificación, fue ajustada a derecho, por lo que no hay lugar a devolución de suma de dinero alguna por tal concepto.

Con base en las consideraciones plasmadas, el tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autorización de la ley,

Resuelve

Primero. Declarar probada la excepción de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de Contact Center Américas S.A. en lo que se refiere a la aplicación de la Cláusula Penal compensatoria, razón por la cual no prosperan las pretensiones Primera Principal y Subsidiaria de la demanda, de conformidad con la parte motiva de este laudo.

Segundo. Declarar que los pagos realizados por ETB a CCA entre el 1º de noviembre de 2003 y el 31 de octubre de 2004, así como aquellos realizados entre el 1º de noviembre de 2004 y el 31 de diciembre de 2005, por concepto de la prestación del servicio pactado en el contrato 4200001955, se ajustaron a derecho, fueron válidos y se realizaron de acuerdo con lo previsto en las estipulaciones de dicho contrato.

Tercero. Declarar que ETB incumplió lo pactado en el contrato No. 4200001955, sus anexos y modificaciones, al descontar sumas de dinero equivalentes al 9.09% del valor facturado por CCA por concepto de la prestación del servicio contratado, desde el mes de enero de 2006 hasta la terminación del contrato.

Cuarto. Condenar a la ETB a pagar, como consecuencia de la declaratoria del numeral anterior, la suma de dos mil setecientos dos millones doscientos setenta y cuatro mil seiscientos setenta pesos con cincuenta y nueve centavos ($2.702.274.670,59) que corresponden al 9,09% del total de la facturación de los meses de enero a junio de 2006, suma de dinero que se deberá pagar junto con los intereses de mora por la suma de doscientos sesenta y ocho millones setecientos setenta y seis mil quinientos doce pesos con ocho centavos ($268.776.512,08) dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

Quinto. Declarar probadas las excepciones propuestas por Contact Center Américas S.A. a la demanda de reconvención.

Sexto. Sin condena en costas a ninguna de las partes, teniendo en cuenta que prosperaron parcialmente excepciones de la convocada y pretensiones de la convocante (artículo 392 numeral 6º del Código de Procedimiento Civil).

Séptimo. En firme el presente laudo, el expediente se protocolizará en una notaría de la ciudad.

Octavo: Del presente laudo, expídanse copias auténticas con destino a las partes y al agente del Ministerio Público.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Arbitro Único

JAIME KLAHR GINZBURG
Secretario