

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ARBITRAL

OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A.

contra

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil quince (2015).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal Arbitral a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias planteadas por OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A. (en adelante también “OUTSOURCING”) contra COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A..

I. ANTECEDENTES

1. Las controversias

Las controversias que se deciden mediante este laudo se originan en el Contrato No. 71.1-0148.05 suscrito entre las partes el 13 de junio de 2005 y sus modificaciones.

2. Las partes del proceso

La parte convocante y demandante dentro del presente trámite es OUTSOURCING, sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Bogotá.

La parte convocada y demandada es COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A., también sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Bogotá.

3. El pacto arbitral

El texto del pacto arbitral acordado por las partes tiene la forma de cláusula 46 del Contrato de Prestación Integral de Servicios de Contact Center No. 71.1-0148.05 suscrito entre las partes el 13 de junio de 2005. Su texto es el siguiente:

“CLÁUSULA 46: RESOLUCIÓN DE DISPUTAS. - Salvo en los casos en que en este Contrato se prevea expresamente acudir a la Firma de Ingeniería de que trata el literal a) de esta Cláusula, el procedimiento a seguir para la resolución de las demás disputas es el que se describe a continuación. En los casos en que el Contrato no establezca otro plazo, cuando surja una disputa con ocasión del presente Contrato, las partes tratarán de llegar a un acuerdo al respecto dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de una Parte a la otra del motivo de la disputa, plazo que se podrá prorrogar de común acuerdo por las Partes. En caso de no ser posible llegar a un acuerdo en dicho término, se acudirá al mecanismo establecido en el literal a) de esta Cláusula. a) Las disputas relacionadas con asuntos técnicos u operacionales serán resueltas recurriendo a procedimientos de amigable composición técnica, tal y como están estos regulados en el Código de Comercio Colombiano... b) las disputas relativas a este Contrato que no hayan sido resueltas de acuerdo con el literal anterior, serán resueltas por el arbitramento, de acuerdo con la reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá. Tal arbitramento se hará con un panel de tres (3) árbitros colombianos nombrados por dicho centro y será conducido en idioma español. El laudo arbitral será en derecho, definitivo y vinculante para las Partes, de forma que se podrá impetrar decisión jurisdiccional de cumplimiento de laudo...”

4. El trámite del proceso

1) El día 23 de agosto de 2013 OUTSOURCING solicitó la convocatoria de este Tribunal Arbitral y formuló demanda contra COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

2) De conformidad con el pacto arbitral, los árbitros fueron nombrados mediante sorteo público el día 29 de agosto de 2013. No obstante, tras la renuncia de uno de los árbitros y la correlativa suspensión del proceso hasta que se proveyó sobre su remplazo, el día 30 de julio se tuvo por reintegrado el panel arbitral.

3) El día 3 de febrero de 2014 tuvo lugar la audiencia de instalación en la cual, mediante Auto No. 1, el Tribunal inadmitió la demanda. Habiendo sido subsanada, por Auto No. 3 del 5 de marzo el Tribunal admitió la demanda y de ella ordenó correr traslado a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A., quien fue notificada por conducto de su apoderado judicial el día 21 de marzo siguiente.

4) Con escrito radicado el día 23 de abril de 2014 COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. dio respuesta a la demanda, en la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló excepciones de mérito.

5) De dicho escrito se corrió traslado a la parte demandante mediante fijación en lista del día 6 de mayo de 2014, sin pronunciamiento de la convocante.

6) En cumplimiento de lo dispuesto por el 24 de la Ley 1563 de 2012 el Tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación que tuvo lugar el 28 de agosto de 2014, sin lograrse acuerdo alguno.

7) En esa misma oportunidad el Tribunal señaló las sumas a cargo de las partes por concepto de gastos y honorarios, las cuales fueron giradas en su integridad por las partes.

8) La primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 23 de septiembre de 2014, oportunidad en la cual, mediante Auto No. 10, confirmado por Auto No. 11, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes.

9) En esa misma audiencia el Tribunal, por Auto No. 12, decretó pruebas del proceso.

10) Entre el 30 de septiembre de 2014 y el 9 de junio de 2015 se instruyó el proceso.

11) El día 22 de junio del presente año tuvo lugar la audiencia de alegatos, en la cual los apoderados de las partes expusieron los argumentos que consideraron del caso y al final de sus intervenciones presentaron sendos resúmenes escritos de lo alegado, los cuales se agregaron al expediente.

12) El presente proceso se tramitó en veintiún (21) audiencias, en las cuales el Tribunal se instaló y admitió la demanda; integró el contradictorio y surtió los respectivos traslados; asumió competencia; decretó y practicó pruebas; resolvió varias solicitudes de las partes; recibió las alegaciones finales; y ahora profiere el fallo que pone fin al proceso.

13) Corresponde al Tribunal mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite culminó el 23 de septiembre de 2014, el plazo legal para fallar, establecido en seis (6) meses, vencía el 23 de marzo de 2015.

14) No obstante, en audiencia del 28 de agosto de 2014, en los términos del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 los representantes legales de las partes prorrogaron el término para la duración del proceso en seis (6) meses más, sin perjuicio de las suspensiones que lleguen a convenirse.

En esa medida, a solicitud de las partes el proceso se suspendió en las siguientes oportunidades: entre el 1 y el 21 de octubre de 2014; entre el 8 de

noviembre y el 15 de diciembre de 2014; y entre el 17 de diciembre de 2014 y el 30 de enero de 2015. El total de suspensiones ascendió a 104 días calendario equivalentes a 69 días hábiles.

En estas condiciones el plazo legal para fallar vence el 6 de enero de 2016, de manera que este laudo se profiere en tiempo oportuno.

5. Las pretensiones de la demanda

En su demanda OUTSOURCING elevó al Tribunal las siguientes pretensiones:

PRIMERA: *Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP** incumplió el contrato de prestación de servicios No. 71.1 – 0148.05 y los otro sí y anexos que lo modifican y complementan celebrado con Outsourcing Servicios Informáticos S.A..*

SEGUNDA: *Que se declare que Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP por el incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales es responsable civil y contractualmente de todos los daños y perjuicios causados a Outsourcing Servicios Informáticos S.A.*

TERCERA: *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP** a reconocer y pagar a favor de Outsourcing Servicios Informáticos S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del Laudo, las siguientes sumas de dinero:*

3.1. EN RELACIÓN CON EL SEGMENTO DE BACK OFFICE:

3.1.1. *Se condene al pago de la suma de doscientos ochenta y un millones quinientos cincuenta y ocho mil seiscientos treinta y dos pesos (\$281.558.632,00 M/CTE) y/o el valor o suma mayor o menor que aparezca probado en el proceso por concepto de lo que no fue posible facturar a Colombia Telecomunicaciones por parte de mi representada, por razones imputables a la primera y que se determinan en los hechos de este escrito.*

3.1.2. *Se condene al pago de la indexación o actualización con el IPC del valor que se condene por el incumplimiento en materia de Back Office en virtud de la pretensión anterior hasta la fecha en la que se profiera el Laudo Arbitral.*

3.2. INTERESES DE MORA:

3.2.1. *Se condene al pago del valor de los intereses de mora efectivamente causados y no pagados por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, a la máxima tasa legal permitida derivados de la mora en el pago de las facturas expedidas por mi representada en los términos del contrato y otro sí firmados por las partes.*

3.2.2. *Se condene al pago del ajuste con el DTF del valor que se condene por concepto de Intereses de Mora, desde la fecha en la que se debió efectuar el pago, hasta la fecha en la que el pago de los intereses se produzca efectivamente a mi representada.*

3.3. DESBORDE O DESVÍO DE LLAMADAS:

3.3.1. *Se condene al pago de mil ciento setenta y cuatro millones trescientos cincuenta y tres mil quinientos veintidós pesos (\$1.174.353.522,00 M/CTE) y/o el valor o suma mayor o menor que aparezca probado en el proceso valor derivado del desvío de llamadas a otros operadores teniendo en cuenta lo que mi representada dejó de facturar de conformidad con las consideraciones contenidas en la narración de hechos de este escrito.*

3.3.2. *Se condene al pago de la indexación o actualización con el IPC del valor que se condene por el incumplimiento en materia de Desborde o Desvío de llamadas en virtud de la pretensión anterior hasta la fecha en la que se profiera el Laudo Arbitral, condena derivada de la pérdida de valor o poder adquisitivo de la anterior suma derivada del transcurso del tiempo.*

3.4. BONIFICACIÓN SOPORTE:

3.4.1. Se condene al pago del valor de las Bonificaciones pactadas, convenidas contractualmente, causadas pero no pagadas por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP que asciende a la suma de doscientos quince millones doscientos sesenta y tres mil doscientos tres pesos **(\$215.263.203,00 M/CTE)** y/o el valor o suma mayor o menor que aparezca probado en el proceso.

3.4.2. Se condene al pago de la indexación o actualización con el IPC del valor que se condene por el incumplimiento en materia de la Bonificación en virtud de la pretensión anterior hasta la fecha en la que se profiera el Laudo Arbitral.

3.5. Se condene al pago de la suma que pericialmente se determine por concepto de daños y perjuicios causados por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, correspondiente a todas las sumas de dinero dejadas de percibir por Outsourcing Servicios Informáticos S.A. debido al incumplimiento de la sociedad convocada, además de los perjuicios causados hasta la fecha de terminación del contrato, con su correspondiente actualización.

3.6. Se condene al pago de los intereses comerciales moratorios a la tasa máxima legal permitida que respecto de dichas sumas se causen desde la ejecutoria del Laudo y hasta que su pago se realice.

3.7. Se condene a todo lo que aparezca probado como insoluto a favor de mi representada dentro del trámite del presente proceso.

3.8. Se condene a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP al pago de todos los gastos de instalación y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento.

3.9. Se condene a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP al pago de las costas agencias en derecho y gastos del proceso.

6. Los hechos de la demanda

La demandante invocó los siguientes hechos:

2.1. DEL CONTRATO EN GENERAL.-

2.1.1. Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP emitió una Invitación para presentar oferta para la prestación de servicios de Contact Center el 19 de mayo de 2005, términos de la invitación modificados y adicionados hasta su versión definitiva del 31 de mayo de 2005.

2.1.2. Outsourcing Servicios Informáticos S.A. presentó oferta y luego de la evaluación fue seleccionado por Colombia Telecomunicaciones como contratista del servicio de Contact Center.

2.1.3. Entre Colombia Telecomunicaciones y Outsourcing se celebró el Contrato de Prestación Integral del Servicio de Contact Center el 13 de junio de 2005 contrato con el número 71.1-0148.05.

2.1.4. En el contrato referido en el numeral anterior se denominó “Contratista” a Outsourcing Servicios Informáticos S.A.

2.1.5. El contrato referido en el numeral anterior tenía por objeto “la prestación del Servicio de Contact Center por parte del CONTRATISTA a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, el cual incluye los Servicios Inbound, Outbound, Back Office y SAAS”.

2.1.6. Como se desprende del objeto del contrato el acuerdo entre las partes era tendiente a la prestación en los servicios referidos con base en unas proyecciones financieras y los requerimientos proyectados por las partes.

2.1.7. Dentro de la cláusula 2 del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, se definió como “ALCANCE” el hecho que para la prestación del Servicio de Contact Center, Outsourcing debía “montar, implementar y operar el Contact Center. El CONTRATISTA se obliga a satisfacer la meta señalada para cada uno de los Indicadores de Servicio establecidos en el presente Contrato, de manera que el Servicio de Contact Center sea efectivamente prestado a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.”

2.1.8. Igualmente dentro de la cláusula de ALCANCE del contrato de prestación de servicios, se estableció que “el CONTRATISTA acepta que sus obligaciones en relación con el Servicio de Contact Center, son de resultado, en cuanto al cumplimiento de la meta establecida para cada uno de los indicadores de Servicio (...) por ende el CONTRATISTA no podrá eximirse de ese cumplimiento, a menos que se presente un evento de Fuerza Mayor o incumplimiento de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP”.

2.1.9. El contrato de prestación de servicios se estableció en 2 fases, la primera denominada como “...FASE I. MONTAJE E IMPLEMENTACIÓN...”, que tendría una duración máxima de dos (2) meses contados a partir de la fecha de iniciación, y la segunda denominada “...FASE II. OPERACIÓN...”.

2.1.10. Posteriormente a la firma del contrato inicial entre las partes se firmó el Acuerdo No. 1 del 17 de febrero de 2007 por medio del cual se modifica el contrato No. 71.1–0148.05.

2.1.11. Así mismo, posteriormente a la firma del contrato inicial entre las partes se firmó el Acuerdo No.2 por medio del cual se modifica el contrato No. 71.1–0148.05.

2.1.12. Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP incumplió el contrato celebrado y las estipulaciones contenida en los otros y anexos convenidos en 4 puntos principales a saber:

a. Al no permitir que mi representada prestara el Servicio de Back Office en las condiciones convenidas;

- b. Al no pagar oportunamente las facturas con el lleno de los requisitos legales debidamente presentadas por mi representada;*
- c. Al Desviar el tráfico de llamadas, a otro operador o no, sin existir incumplimiento de los términos contractuales y sin que existieran las situaciones contractuales necesarias para que la desviación se presentara;*
- d. Por no pagar una Bonificación sobre cumplimiento pactada contractualmente y aprobada en su valor a favor de mi representada.*

2.1.13. *Teniendo en cuenta lo anterior, y de conformidad con el contrato suscrito, al existir diferencias derivadas de la ejecución del contrato, que no se refiriera a temas técnicos, debía acudir primero a una etapa de arreglo directo entre las partes. La etapa de arreglo se encuentra totalmente agotada, teniendo en cuenta que mi representada dirigió escrito de reclamación a la Convocada el 17 de junio de 2011, en el que presentaba por escrito el objeto de la reclamación. Fruto de lo anterior, se inició una etapa de negociación en sendas reuniones, que concluyeron su cierre con la imposibilidad de llegar a un acuerdo por las partes el pasado mes de diciembre de 2012.*

2.1.14. *Punto por punto procedemos a narrar los hechos en relación con cada una de las situaciones frente a las que se presentó incumplimiento como hacemos a continuación.*

2.2. HECHOS EN RELACIÓN CON EL CONTENIDO DE LA RECLAMACIÓN.-

2.2.1. RECLAMACIÓN DERIVADA DEL SERVICIO DE BACK OFFICE:

2.2.1.1. *Producto de la celebración del contrato entre Outsourcing Servicios Informáticos S.A. y Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP se inició el cumplimiento, implementación y puesta en marcha de los segmentos pactados en el contrato dentro de los que se encontraba el segmento denominado Back Office.*

2.2.1.2. *El servicio de Back Office hacía parte del objeto principal del contrato y debió haber iniciado desde el principio de la ejecución del contrato inicialmente pactada.*

2.2.1.3. *En ese sentido, la contratación por parte de Outsourcing, se da sobre el entendimiento que el segmento Back Office hace parte del objeto del contrato suscrito, y en ese sentido para Outsourcing es determinante al momento de tomar la decisión de presentar la oferta que dio lugar al contrato toda vez que le permitía hacer las proyecciones financieras, análisis de economías a escala y flujos de caja que permitían que ese contrato fuera rentable.*

2.2.1.4. *Para la FASE II de operación las partes convinieron que Outsourcing, destinaría sus propios medios, recursos, personal, experiencia y conocimientos suficientes y necesarios para ejecutar todas las actividades tendientes al desarrollo de la operación de Contact Center.*

2.2.1.5. *Dentro de la cláusula 5 relativa a la FASE II de OPERACIÓN, se estableció lo siguiente:*

“...Las líneas de atención que operarán en esta Fase son:

SERVICIOS INBOUND

- Línea Nacional de Servicio al Cliente Local*
- Línea Nacional de Servicio al Cliente Larga Distancia*
- Línea Nacional de Servicio al Cliente Internet*

SERVICIOS OUTBOUND

- Telemarketing para soportar el proceso de aprovisionamiento del servicio*
- Telemarketing para campañas*
- Canal de venta telefónica*

SERVICIOS BACK OFFICE

- Registro en los diferentes sistemas de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, las operaciones realizadas fuera de línea.*
- Recepción, registro y trámite de faxes y e-mails*

- **Seguimiento a las solicitudes que no puedan ser solucionadas en línea, pero que con actividad del Back Office pueden ser solucionadas.**
- **Seguimiento a casos críticos.**

Durante esta fase se deben poner en marcha los procesos de operación del Contact Center asociados a cada una de las líneas de servicio, así como los procedimientos necesarios para atender las operaciones limitadas por los accesos a los sistemas (**Back Office**)...” (Negrillas fuera de texto).

2.2.1.6. Mi representada dio cumplimiento a lo establecido en el párrafo primero de la cláusula 5 del Contrato de Prestación de Servicios entregando a Colombia Telecomunicaciones el Plan de Contingencia, el Programa de aseguramiento de la calidad y el Programa de inducción.

2.2.1.7. Mi representada mediante comunicación del 3 de enero de 2006 ratifica a Colombia Telecomunicaciones la Migración del Back Office que debía producirse desde el mes de marzo de 2006.

2.2.1.8. Con base en lo anterior, mediante comunicación del 27 de enero de 2006 Colombia Telecomunicaciones a través de la Gerente de Canales Remotos solicita a Outsourcing un cronograma general con el ánimo de efectuar la migración o traspaso de la operación del operador anterior de Back Office a Outsourcing.

2.2.1.9. El 1 de febrero de 2006 Outsourcing Servicios informáticos S.A. remite a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP el cronograma completo de la migración de operaciones de Back Office del “Grupo A” para verificación y aprobación por parte de esta última.

2.2.1.10. El 14 de febrero de 2006 Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP a través de la Gerente de Canales Remotos envía a Outsourcing Servicios informáticos S.A. el cronograma con los ajustes correspondientes indicando y haciéndole la siguiente advertencia:

“...Es importante tener en cuenta que el recurso humano (staff y asesores) asignados para este proceso deben tener disponibilidad total para todas las actividades descritas en especial la de capacitación, cualquier retraso en el cumplimiento del cronograma inmediatamente corre las fechas estipuladas. Así mismo cada proceso de capacitación de personal nuevo debe contener los tiempos y contenidos aquí estipulados. Quedamos a la espera de su confirmación para dar inicio al cronograma...”(Negrillas y subrayas fuera de texto)

2.2.1.11. Del texto anterior se desprende no solo la solicitud de Colombia Telecomunicaciones de dar inicio a las actividades Back Office sino la advertencia efectuada a Outsourcing en el sentido de evitar cualquier retraso que corriera las fechas del cronograma.

2.2.1.12. Del mismo modo es claro que en la comunicación anterior Colombia Telecomunicaciones manifiesta estar a la espera de la Confirmación por parte de Outsourcing, para dar inicio al mismo.

2.2.1.13. Con base en lo anterior, y mediante comunicación del **22 de febrero de 2006**, Outsourcing confirma y notifica a Colombia Telecomunicaciones el inicio a la migración de la operación así:

“...Damos por recibida su comunicación en relación a la migración de la operación BackOffice, y al respecto nos permitimos confirmar el inicio al cronograma...”

2.2.1.14. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y la confirmación de la migración de la operación del Back Office para Outsourcing, esta última procedió a contratar todo el **personal** necesario para atender la misma en los términos advertidos y solicitados por Colombia Telecomunicaciones.

2.2.1.15. Del mismo modo Outsourcing, de conformidad con el cronograma, procedió a efectuar la instalación de puestos de trabajo, hacer las adecuaciones de telefonía

necesarias, efectuar el desarrollo correspondiente, efectuar la selección, contratación e inducción del recurso humano necesario, y dar inicio de la operación. Sin embargo, Colombia Telecomunicaciones no dio inicio a la operación de Back Office.

2.2.1.16. El 18 de abril de 2006, Outsourcing solicita a Colombia Telecomunicaciones información necesaria para la fase de Montaje e Implementación información dentro de la que se encontraba: (i) Estadísticas generales; (ii) Estadísticas de tráfico del fax Server; (iii) Volumen Promedio por solicitud y DCP; (iv) Horas ACD históricas y número de personas asignadas mes a mes.

2.2.1.17. El lunes 8 de mayo de 2006 Outsourcing mediante correo electrónico dirigido a Nancy Pedraza Alvarado confirma a Colombia Telecomunicaciones la migración del Back Office, reitera que Outsourcing está lista para la prestación del servicio reitera que se tomaron todas las medidas para el inicio de la operación de Back Office y hace las siguientes aclaraciones:

“...Luego de formalizar las fechas de migración de BO, hemos ya migrado; y está ya en fase de implementación la línea de Larga Distancia. **Para hoy debimos haber iniciado de acuerdo al cronograma aceptado entre las partes, la capacitación de la Línea Local.** Angélica me informó ésta mañana que dicha capacitación se había aplazado de manera indefinida. Te pido ayuda en ésta materia, **dado que nosotros ya tomamos todas las medidas requeridas en el acuerdo, tales como: Selección, Contratación de personal BO, desarrollo de aplicativo y en general toda la infraestructura necesaria para la implementación.** Por otro lado, ésta es una línea de negocios que estamos incluyendo dentro de nuestro flujo de caja y la verdad no nos dá más espera. El favor concreto es que me ayudes a que se cumpla con el cronograma lo antes posible. Si se quiere invertir con el BO de Internet primero y luego Local...también estamos preparados...”

2.2.1.18. Es claro que, la operación no inició por razones atribuibles única y exclusivamente a Colombia Telecomunicaciones tal y como se desprende de las múltiples comunicaciones que se aportan con este escrito y que se cruzaron las partes desde el mes de enero de 2006.

2.2.1.19. Luego de haber efectuado todas las acciones tendientes a dar cumplimiento al contrato y de incurrir en todos los emolumentos y costos necesarios para dar inicio a la operación, mediante comunicación del **8 de mayo de 2006** Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP informa la cancelación del programa de migración del Back Office a Outsourcing Servicios informáticos S.A. dando razones de tipo económico y operativas que afectaban a Colombia Telecomunicaciones, pero sin tener en consideración el compromiso adquirido con Outsourcing ni el cronograma convenido, hecho que traería serias repercusiones económicas a Outsourcing Servicios informáticos S.A..

2.2.1.20. Lo anterior en los siguientes términos:

“...Ricardo: Buenas Tardes. Tal como se lo comenté a Angélica el día de mi Comité de Seguimiento la migración del Back Office se canceló (...) Como verás los argumentos son suficientemente fuerte para haber aplazado esta decisión de migración pensando en las implicaciones de dinero y gestión para nuestra compañía, nuestros clientes finales y la entrega responsable que debemos hacer a ustedes de cualquiera de las iniciativas grandes...”

2.2.1.21. Las razones informadas por Colombia Telecomunicaciones estaban justificadas en consideraciones de orden meramente interno de esa sociedad, y no eran de recibo respecto de mi representada ni estaban contempladas contractualmente.

2.2.1.22. Por el contrario tanto del contrato como del cronograma y de los requerimientos efectuados por Colombia Telecomunicaciones se desprendía la obligación de mi representada de efectuar todas las tareas y actividades para recibir la operación de Back Office y de Colombia Telecomunicaciones de migrar esa operación a mi representada.

2.2.1.23. Lo anterior, hacía que surgiera para Colombia Telecomunicaciones la Correlativa obligación de dar cumplimiento a los términos contractuales y a los requerimientos efectuados a mi representada y permitiera el cumplimiento en relación con el Back Office.

2.2.1.24. Teniendo en cuenta lo anterior, en reunión celebrada el 17 de mayo de 2006 se discutió el tema de la migración de Back Office y se dejó constancia sobre los acuerdos a los que sobre migración del proceso de Back Office se habían dado. Dentro del acápite sobre “Migración del Back Office” se convino expresamente:

“...Por este motivo, se sugiere que se elabore un nuevo cronograma de actividades que contemple los procesos que van a quedar posterior a la reingeniería con base en el cual se manejará el cronograma de capacitación requerido para generar la migración hacia Outsourcing. Esta tarea se llevará a cabo inicialmente en internet...”

2.2.1.25. Teniendo en cuenta la situación presentada, dirigió comunicación a Colombia Telecomunicaciones en la que entre otras cosas deja constancia del incumplimiento referido a la migración de Back Office en los siguientes términos:

“...Efectivamente las líneas correspondientes al servicio de larga distancia del Back Office fueron migradas de conformidad con el cronograma enviado.

8.- Sin embargo, la capacitación respectiva para la migración de las líneas correspondientes al servicio local del Back Office, que originalmente estaba prevista para realizarse entre el 18 de abril y el 8 de mayo, así como las capacitaciones para la migración de las líneas correspondientes al servicio de internet del Back Office, que originalmente estaba prevista para realizarse entre el 9 y el 30 de mayo, nunca se llevaron a cabo. No obstante lo anterior, Outsourcing, S.A. en cumplimiento del cronograma procedió oportunamente a la selección y contratación de personal, al desarrollo del aplicativo y a garantizar la infraestructura necesaria para la implementación (...)

Como quiera que no es nuestra intención entrar a cuestionar los argumentos planteados en estas últimas comunicaciones, aunque dejamos expresa constancia de que no los compartimos, queremos reiterar formalmente nuestra comedida solicitud de que se dé cumplimiento al contrato celebrado y al cronograma convenido y se proceda a la mayor brevedad a la migración de las líneas de local e internet del Back Office, para mitigar una situación que ha sido altamente lesiva de los intereses económicos de Outsourcing...”
(Subrayas fuera de texto)

2.2.1.26. Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, es claro que Outsourcing Servicios informáticos S.A. desde el mes de mayo de 2006: (i) dio cabal cumplimiento a los términos del contrato, (ii) a la selección, contratación y capacitación del personal necesario para dar cumplimiento al contrato, (iii) cumplió con los requerimientos de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP sobre cronogramas, establecimiento de fechas, procesos, sistemas e infraestructura en los términos no solo pactados sino exigidos por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

2.2.1.27. También se desprende de las consideraciones anteriores de forma diáfana que la falta de inicio de la migración del Back Office por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP obedeció a condiciones de orden interno y de conveniencia de esta última, cuando había requerido a Outsourcing Servicios informáticos S.A. para el cumplimiento total de las condiciones necesarias para dar inicio a la operación. Por lo anterior, es claro que ese cambio en las políticas internas y en las condiciones de ejecución del contrato, no pueden afectar ni gravar a Outsourcing Servicios informáticos S.A..

2.2.1.28. Mi representada en la reclamación prejudicial solicitó a Colombia Telecomunicaciones los valores derivados de la facturación en la que estaba en capacidad de facturar Outsourcing Servicios informáticos S.A. pero que no se facturó por las razones y motivos internos de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP por todos los meses en los que la operación del Back Office no inició por falta de disposición de Colombia Telecomunicaciones.

2.2.1.29. Teniendo en cuenta los argumentos de hecho contenidos en las consideraciones en este documento, y luego de haber seguido las instrucciones Colombia Telecomunicaciones tendientes a la iniciación del cronograma de migración de Back Office tales como Selección, Contratación de personal BO, desarrollo de aplicativo y en general toda la infraestructura necesaria para la implementación, la reclamación por concepto de BACK OFFICE se traduce en la facturación en la que estaba en capacidad de facturar

Outsourcing Servicios informáticos S.A. pero que no se facturó por las razones y motivos internos de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y que se resumen en el valor de doscientos ochenta y nueve millones quinientos cincuenta y ocho mil seiscientos treinta y dos pesos (**\$281.558.632,00 M/CTE**) suma que deberá ser indexada de conformidad con el IPC. El anterior valor se desprende de las siguientes operaciones:

a. La determinación del promedio de la facturado por Outsourcing Servicios Informáticos S.A. a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP durante los 3 primeros meses de vigencia de Back Office a cargo de Outsourcing Servicios informáticos S.A., esto es, el promedio comprendido entre agosto y octubre de 2006 promedio mensual que arroja el valor de \$114.655.205 y que se determina de la siguiente manera:

SERVICIO BACK OFFICE

FECHA RADICADO	FECHA SERVICIO	FV	PRECIO	HORA S	VALOR
01/sep/2006	Agosto de 2006	4914	\$ 19.187,55	6.051	\$ 116.103.865
02/oct/2006	Septiembre de 2006	4929	\$ 19.187,55	6.110	\$ 117.230.174
02/nov/2006	Octubre de 2006	4958	\$ 19.187,55	5.766	\$ 110.631.576
PROMEDIO				5.976	114.655.205

b. Definido el valor promedio, se puede determinar el valor en el que estaba en capacidad de facturar Outsourcing, pero que no se facturó por las razones y motivos internos de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP desde el mes de mayo de 2006, mes en el que Outsourcing estuvo listo y en capacidad de prestar los servicios así:

FECHA RADICADO	FECHA SERVICIO	HORAS FACTURADAS	VALOR FACTURADO	VALOR ESTIMADO	DIFERENCIA
05/jun/2006	may de 2006	989	\$ 19.077.810	\$ 114.655.205	\$ 95.577.395
04/jul/2006	jun de 2006	480	\$ 9.259.200	\$ 114.655.205	\$ 105.396.005
01/ago/2006	jul de 2006	1.685	\$ 34.069.973	\$ 114.655.205	\$ 80.585.232
				TOTAL DIFERENCIA	\$281.558.632

c. Ese valor sería el estimado a facturar por el periodo comprendido entre el mes de mayo de 2006 y el mes de julio de 2006, meses en los cuales Outsourcing Servicios informáticos S.A. tenía la expectativa legítima derivada de la celebración del contrato con Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP de facturar por el segmento Back Office. El valor reclamado lo representa la diferencia existente entre lo efectivamente facturado y el promedio de lo que debió facturar Outsourcing Servicios informáticos S.A.

2.2.2. HECHOS DERIVADOS DE LA FALTA DE PAGO OPORTUNO E INTERESES DE MORA:

2.2.2.1. En la cláusula 12 del Contrato de Prestación Integral del Servicio de Contact Center No. 71.1–0148.05 inicial se estableció por Colombia Telecomunicaciones y Outsourcing el pacto sobre intereses de mora. Expresamente establecía la referida cláusula:

“...INTERESES DE MORA.- En el evento que cualquiera de las Partes no pague una suma vencida a la otra parte según este Contrato, se causarán intereses sobre la suma no pagada a la Tasa de Intereses de Mora (tal y como esta se encuentra definida en el capítulo de Definiciones), calculada desde la fecha en que el plazo para el pago de dicha suma se venza, hasta la fecha en la cual el pago sea hecho, sin que sea necesario requerimiento previo alguno” (subrayas fuera de texto)

2.2.2.2. Por su parte en la cláusula de definiciones se estableció como definición de la Tasa de Interés de Mora la siguiente:

“...Será la máxima tasa de mora permitida por la ley colombiana...”

2.2.2.3. En la cláusula 13 del Contrato se estableció el procedimiento para la facturación y el pago de la prestación del servicio efectuado por Outsourcing Servicios informáticos S.A. en el que expresamente se incluyó el plazo de treinta (30) días para el pago de las facturas debidamente presentadas por Outsourcing Servicios informáticos S.A. así:

“...Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP deberá pagar al CONTRATISTA todas las cantidades adeudadas, a los treinta (30) días siguientes a la correcta presentación del original y copia de la factura...”

2.2.2.4. Del mismo modo en el Contrato de Prestación de Servicios se estableció un procedimiento para los eventos en los que se presentara diferencia por facturación.

2.2.2.5. En conclusión, a la iniciación del contrato Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP debía pagar a Outsourcing Servicios informáticos S.A. las facturas a **los treinta (30) días siguientes** a la correcta presentación del original y copia de la factura, en la Oficina de Recepción Única de Cuentas de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

2.2.2.6. Posteriormente, en el Acuerdo No. 1 celebrado el 17 de febrero de 2007 las partes deciden modificar la cláusula 10 del contrato inicial y específicamente en las páginas 16 y 17 del referido documento se hicieron las siguientes modificaciones:

“...En relación con los Servicios de Contact Center, se activarán bajo este Contrato, los siguientes pagos:

1. Pagos periódicos.

En relación con los Servicios de Contact Center prestados en cada mes se causará un pago periódico que comienza con la Aceptación de cada una de las Líneas de Servicio que componen el Servicio de Contact Center, la cuál ya se surtió y termina en la Fecha Efectiva de Terminación.

- *El pago se efectuará dentro de los **sesenta (60) días calendario siguientes** a la fecha de radicación de la factura a partir del **séptimo mes** contado desde la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio.*

- *En los primeros **tres (3) meses** siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio se realizará el pago dentro de los **treinta (30) días** calendario siguientes a la fecha de radicación de cada una de las facturas correspondientes.*

- *Las facturas correspondientes a los **meses cuarto, quinto y sexto** siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio, se pagarán dentro de los **cuarenta y cinco (45) días** calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura respectiva...”*

2.2.2.7. En consecuencia, desde la celebración del otro sí y durante los primeros 3 meses de vigencia del mismo, las facturas se pagarán a 30 días. En los meses 4, 5, y 6 de vigencia del otro sí el pago de las facturas se haría a 45 días y a partir del mes 7 el pago se haría a 60 días.

2.2.2.8. Sin embargo, las facturas no fueron pagadas por parte de Colombia Telecomunicaciones a Outsourcing en los plazos convenidos contractualmente. Todo lo contrario, varias de las facturas fueron pagadas por fuera de los plazos estipulados.

2.2.2.9. Lo anterior, se evidencia en el cuadro denominado Interés de Mora Telefónica en el que de forma detallada se discrimina el Número de la factura, el valor de cada una de las facturas presentadas, la fecha de radicación, la fecha de pago, los días de mora en el pago de cada factura la tasa aplicable para cada periodo y por ende el valor de los intereses de mora derivados de cada factura.

2.2.2.10. Lo narrado anteriormente, también puede verificarse con el soporte de radicación de las facturas por parte de mi representada, con el lleno de los requisitos exigidos en las instalaciones de Colombia Telecomunicaciones. Con el presente escrito adjuntamos el soporte de radicación de cada una de las facturas presentadas por mi

representada así como de la fecha de pago de las referidas facturas en las que se evidencia la diferencia entre la fecha en la que debería pagarse y la fecha en la que se hizo el pago.

2.2.2.11. Por lo anterior y teniendo en cuenta el acuerdo de las partes sobre pago a 30, 45 y 60 días, Colombia Telecomunicaciones debe a Outsourcing a la fecha de presentación de este escrito los intereses de mora en los términos pactados en el contrato y teniendo en cuenta la Tasa máxima de mora permitida por la ley colombiana.

2.2.3. HECHOS RELEVANTES PARA LA RECLAMACIÓN DERIVADA DEL DESVÍO DE LLAMADAS:

2.2.3.1. La fecha de terminación del contrato celebrado entre Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y Outsourcing Servicios informáticos S.A. estaba programada para el 31 de enero del año 2010.

2.2.3.2. De conformidad con los términos del Contrato de prestación de servicios, Outsourcing tenía que tener a disposición de Colombia Telecomunicaciones toda la infraestructura y el personal contratado asumiendo los costos directos y derivados de esa infraestructura para el cumplimiento de la operación, hasta la terminación de la misma, esto es, hasta el último día de servicios y de vigencia del contrato de prestación de servicios.

2.2.3.3. La terminación del contrato de prestación de servicios implicaba que la operación de mi representada, debía pasar a un nuevo operador designado por Colombia Telecomunicaciones.

2.2.3.4. Por lo anterior, la cláusula 6 del Contrato de Prestación de Servicios inicialmente suscrito contiene un “**periodo de empalme**” que podía presentarse “desde (i) la fecha que comienza el cuarto (4º) mes anterior a la Fecha de Terminación, o (ii) dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la Fecha Efectiva de Terminación”.

2.2.3.5. Dentro del **periodo de empalme** se establecía la migración de la operación a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP o a quien ésta designara como responsable de la operación, empalme que debía ocurrir en los siguientes términos:

“sin interrupción, traumatismo ni disminución de los Indicadores de Servicio que estén en aplicación, salvo aquellos que por la ejecución de la migración sean imposibles de aplicar o atribuir con absoluta certeza al CONTRATISTA”.

2.2.3.6. En los términos del Contrato de Prestación de servicios, la migración de la operación al nuevo contratista debía producirse sin la afectación a Outsourcing, sin afectar la operación, y cualquier baja que se hubiera podido presentar en los indicadores de servicio, no podían ser aplicados o atribuidos a Outsourcing Servicios informáticos S.A. tal y como se ha expuesto.

2.2.3.7. Lo anterior, teniendo en cuenta que Outsourcing debía mantener la infraestructura y el personal necesario para mantener la operación hasta el último día de vigencia del contrato, hecho que se traducía en costos de operación de lo contrario sería sancionada y multada en los términos del mismo contrato.

2.2.3.8. Adicionalmente, porque en los términos del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, para que la orden de desactivación de los servicios o desborde procediera “...es necesario que el CONTRATISTA haya incurrido en causal de desactivación del respectivo Servicio (Línea o segmento), de acuerdo con el presente contrato. Se considerará causal de desactivación cuando cualquier Indicador de Servicio aplicable a un Servicio de Contact Center, SAAS o Servicio Eventual tenga una desviación negativa de más del 20% con respecto al promedio de los últimos tres meses...”.

2.2.3.9. Mi representada no presentó incumplimiento como los descritos para que se justificara el desborde o envío de llamadas hacia otro operador o que justificara la desactivación de los servicios que venía prestando de forma previa a la terminación del contrato de trabajo.

2.2.3.10. No obstante, tal y como se desprende de los análisis de flujo y tráfico de llamadas en cada una de las líneas de atención, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP

desvió o remitió las llamadas entrantes a otro operador y en cualquier caso dejó de remitirlas a Outsourcing desde el mes de octubre de 2009, esto es 4 meses antes de la terminación del Contrato de Prestación de Servicios.

2.2.3.11. Ese desvío de llamadas produjo que Outsourcing mantuviera la infraestructura y el personal necesario para dar cumplimiento a la operación tal y como estaba obligada contractualmente, pero, que por disposición de Colombia Telecomunicaciones e incumplimiento contractual no pudiera prestar el servicio en atención que no contó con las llamadas necesarias para llevarlo a cabo toda vez que Colombia Telecomunicaciones las había desviado a otro operador.

2.2.3.12. En el mes de diciembre de 2009 Colombia Telecomunicaciones no solo desví el tráfico de llamadas, sino que permite que el Contratista nuevo que va a desarrollar la operación que dejaría de prestar mi representada, haga un ofrecimiento masivo al personal de Outsourcing, ofreciendo puestos de trabajo para desarrollar las funciones y labores que venían desarrollando para mi representada y garantizar que se siguiera prestando el servicio a través del nuevo contratista.

2.2.3.13. Por lo anterior, en el mes de diciembre de 2009 se llegó con la sociedad convocada a un acuerdo en relación con las penalizaciones de ese mes y se daban por superados los posibles incumplimientos en los que hubiera podido incurrir mi representada, derivadas del desvío de personal en el que incurrió Colombia Telecomunicaciones.

2.2.3.14. Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que para mi representada procede el pago de lo que facturó versus lo que debió facturar en virtud del contrato, por los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010.

2.2.3.15. Por lo anterior, es claro que Colombia Telecomunicaciones en perjuicio de la operación de Outsourcing y sin que el contrato entre ellas celebrado se hubiera terminado, produjo un desvío del servicio que se tradujo no solo en una disminución drástica de la facturación por la prestación del servicio por parte de Outsourcing Servicios informáticos S.A., sino en que esta ultima debiera asumir todos los costos de una operación que debía mantener contractualmente.

2.2.3.16. Lo anterior, repetimos, sin que se presentara una causal para la desactivación del servicio imputable a mí representada.

2.2.3.17. La falta de servicio o de facturación referida en el numeral anterior, se estima por el valor de **\$1.295.399.826** valor derivado de la facturación promedio que tenía Outsourcing Servicios informáticos S.A. en cada una de las líneas de atención, en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2009 frente a lo que realmente facturó en los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010 debidamente actualizado a la fecha de presentación.

2.2.3.18. El valor dejado de facturar se puede discriminar de la siguiente manera:

DESBORDE DICIEMBRE DE 2009 Y ENERO DE 2010			
Nivel	Cuenta	Desborde Diciembre 2009	Desborde Enero 2010
SOPORTE 186 NIVEL 1	SOPORTE TÉCNICO_186	\$ 21.040.769	\$ 33.289.521
	SOPORTE_T_186_LINEA_AZUL	\$ 25.467.495	\$ 106.755.775
	SOPORTE_LB_NEGOCIOS	\$ 3.233.340	\$ 9.465.742
	LEGALIZAR BA	\$ 25.460.248	\$ 68.076.517
	SOPORTE CONTINGENCIA	\$ 1.434.453	\$ 1.515.398
SOPORTE 930 NIVEL 2	SOPORTE BANDA ANCHA	\$ 46.411.255	\$ 193.545.820
	SOPORTE BANDA ANCHA_COMPARTEL	\$ 8.084.021	\$ 8.542.213
	SOPORTE_BA_NEGOCIOS	\$ 12.497.084	\$ 35.275.382
	SOPORTE CONMUTADO	\$ 13.373.905	\$ 19.955.708
	SOPORTE TELEVISIÓN	\$ 11.956.449	\$ 35.489.295

	SOPORTE_TV_NEGOCIOS	\$ 1.387.412	\$ 2.859.412
	SOPORTE VIP	\$ 14.473.878	\$ 44.340.852
	SOPORTE VIP NEGOCIOS	\$ 3.410.235	\$ 3.595.463
ATENCIÓN Y RECLAMOS	ATENCIÓN 930	\$ 0	\$ 194.802.475
	RETENCIÓN	\$ 0	\$ 43.647.796
	RECLAMOS	\$ 0	\$ 184.965.608
TOTAL DESBORDE		\$ 188.230.545	\$ 986.122.977
VALOR TOTAL		\$ 1.174.353.522	

Los anteriores valores se derivan del promedio facturado por mi representada en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2009, en relación con lo facturado en los meses de diciembre y enero de 2010. El desborde consiste en la diferencia o valores dejados de facturar en estos 2 últimos meses en relación con el promedio que se venía facturando valor que deberá ser actualizado con el IPC a la fecha en que se condene su pago.

2.2.3.19. Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que para mi representada procede el pago de lo que facturó versus lo que debió facturar en virtud del contrato, por los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010.

2.2.4. HECHOS RELEVANTES QUE SOPORTAN LA RECLAMACIÓN DERIVADA DEL COMPROMISO DE PAGO DE UNA BONIFICACIÓN DEL ÁREA DE SOPORTE:

2.2.4.1. Las partes suscribieron Acuerdo No. 2 al Contrato No. 71.1-0148.05 el 18 de mayo de 2005. En el numeral segundo (2º) del referido acuerdo se convino entre Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y Outsourcing Servicios Informáticos S.A. adicionar al contrato la cláusula No. 53 sobre “REMUNERACIÓN LÍNEA DE SERVICIO INBOUND SOPORTE TÉCNICO” la referida cláusula 53 establecía:

“...Las Partes acuerdan que a partir de la fecha de suscripción del presente acuerdo, la remuneración del Servicio inbound que tenga por objeto la atención de Soporte Técnico, se registrá, de conformidad con las condiciones descritas en el “ANEXO TÉCNICO SERVICIO INBOUND DESTINADO A SOPORTE TÉCNICO (CALL CENTER TÉCNICO) (...) y el ANEXO ECONÓMICO ACUERDO No. 2 CONTRATO NO. 71.1-0148.05 que forman parte integrante del presente Acuerdo...”

2.2.4.2. Por su parte, El ANEXO TÉCNICO SERVICIO INBOUND DESTINADO A SOPORTE TÉCNICO (CALL CENTER TÉCNICO) del Acuerdo No. 2 estableció que:

“A partir del 1 de julio de 2007, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP definirá y aplicará a favor del CONTRATISTA una tabla de bonificaciones por sobre cumplimiento de las metas”.

2.2.4.3. Sin embargo, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP no dio cumplimiento al convenio contractual y por ende no pagó a Outsourcing Servicios informáticos S.A. las Bonificaciones convenidas por cumplimiento de metas.

2.2.4.4. En efecto, mediante correo electrónico del mes de septiembre de 2007 Juan Carlos Gelvez Rojas de la Gerencia de Asistencia Técnica a clientes – Jefe de Call Center Técnico de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, informa a Ricardo Durán Presidente de Outsourcing Servicios Informáticos S.A. lo siguiente:

“... Ricardo, Buenas tardes, la semana anterior le entregue (sic) oficialmente a Yojhan del área de compras las tablas que se deben aplicar como bonificaciones al actual contrato. Compras les oficializara (sic) dichas tablas de acuerdo a lo que dice el contrato “A partir del 1 de julio de 2007, Colombia Telecomunicaciones S.a ESP definirá y aplicará una tabla de bonificaciones sobre cumplimiento de las metas.

Por lo tanto una vez ustedes sean notificados, se hará retroactivo dicho pago a partir de esa fecha”.

2.2.4.5. El 19 de febrero de 2010, el Sr. Reynaldo Vargas de Colombia Telecomunicaciones, envía correo electrónico a mi representada en el que reconoce el pago parcial de por lo menos el valor de **\$109.181.955,47** de la siguiente manera:

“...From: "REYNALDO VARGAS NAVIA" <reynaldo.vargas@telefonica.com>
To: "John Santafe Correa" <jsantafe@outsourcing.com.co>, "Ruben Dario León Muete" <rdleon@outsourcing.com.co>
Cc: "HUGO CASTELLANOS APARICIO" <hugo.castellanos@telefonica.com>
Date: Fri, 19 Feb 2010 14:46:10 -0500
Subject: RV: Pendientes Outsourcing.

Buenas tardes John y Rubén.

A continuación me permito remitirles nuestra propuesta en lo que a las multas y bonificaciones se refiere:

1. Bonificaciones:

Consideramos que se debe bonificar sólo en los meses en los cuales se cumplieron LOS DOS indicadores (niveles de atención y de servicio).
Bajo este criterio, la bonificación sería por **\$109.181.955,47** (contra **\$ 215.263.203,10** que es lo que propone Outsourcing). Me permito adjuntar archivo con el ejercicio realizado con los Niveles...”

2.2.4.6. El 8 de marzo de 2010 el señor John Santafé Gerente Administrativo y Financiero de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP envía el histórico de correos de Outsourcing Servicios informáticos S.A. solicitando el pago de esa bonificación.

2.2.4.7. El 17 de marzo de 2010 el señor Jaime Alberto Riveros López de la Gerencia de asistencia Técnica Clientes Servicios Masivos de Colombia Telecomunicaciones envía correo electrónico a John Santafé, Gerente Financiero de Outsourcing Servicios Informáticos S.A., informando que requerían de una comunicación dirigida por esta última Compañía en la que “formalicen la solicitud del pago de bonificaciones, por lo que hace necesario su remisión con los soportes contractuales donde se plantee el pago de estas”.

2.2.4.8. Por lo anterior, Outsourcing Servicios informáticos S.A., el 23 de marzo de 2010, radicó comunicación en las instalaciones de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP en la que nuevamente solicita el pago de las bonificaciones acordadas, reenvía la propuesta de bonificaciones sugeridas por Outsourcing Servicios Informáticos S.A. del 13 de febrero de 2009 y envía un cálculo de las bonificaciones de acuerdo al modelo sugerido por valor de **\$215.263.203**. Lo anterior, se desprende de la liquidación de las bonificaciones que se adjunta al presente escrito.

2.2.4.9. No obstante haber sido convenidas contractualmente las Bonificaciones y haber hecho Outsourcing Servicios informáticos S.A. todos y cada uno de los pasos y requerimientos efectuados por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP para su pago, esta última sociedad no pagó las referidas Bonificaciones.

7. La oposición de la demandada

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las siguientes excepciones de mérito:

1) Cumplimiento del contrato por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.

- 2) Incumplimiento del contrato por parte de outsourcing.
- 3) *Venire contra factum proprium non valet.*
- 4) Compensación.
- 5) Excepción genérica.

8. Respuesta a los Hechos de la Demanda

En su contestación a la demanda COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. se pronunció sobre los hechos de la siguiente manera:

“2.1. DEL CONTRATO EN GENERAL

Dice el Hecho No. 2.1.1.: “Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP emitió una invitación para presentar oferta para la prestación de servicios de Contact Center el 19 de mayo de 2005, términos de la invitación modificados y adicionados hasta su versión definitiva del 31 de mayo de 2005.”

Respuesta: Es cierto.

Dice el Hecho No. 2.1.2.: “Outsourcing Servicios Informáticos S.A. presentó oferta y luego de una evaluación fue seleccionado por Colombia Telecomunicaciones como contratista del servicio de Contact Center.”

Respuesta: Es cierto.

Dice el Hecho No. 2.1.3.: “Entre Colombia Telecomunicaciones y Outsourcing se celebró el Contrato de Prestación Integral del Servicio de Contact Center el 13 de junio de 2005 con el número 71.1-0148.05.”

Respuesta: Es cierto.

Dice el Hecho No. 2.1.4.: “En el contrato referido en el numeral anterior se denominó ‘Contratista’ a Outsourcing Servicios Informáticos S.A.”

Respuesta: Es cierto.

Dice el Hecho No. 2.1.5.: “El contrato referido en el numeral anterior tenía por objeto ‘la prestación del Servicio de Contact center por parte del CONTRATISTA a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, el cual incluye los Servicios Inbound, Outbound, Back Office y SAAS’.”

Respuesta: No es cierto en la forma en que está redactado el hecho, y aclaro. Si bien la redacción del objeto del contrato es tal y como lo describe la demandante, no puede dejarse de lado que de acuerdo al párrafo tercero (3º) de la cláusula quinta del contrato litigado, “(...) se consideraran ‘Servicios Eventuales’ los siguientes: (...) **SERVICIOS BACK OFFICE** (...)”.

Y sobre qué eran los “Servicios Eventuales”, los definió el contrato como “Aquellos servicios **cuya prestación no está en el alcance original de este Contrato**, descritos a continuación, podrán ser requeridos, **discrecionalmente**, en cualquier momento de la vigencia de este Contrato (...)”.

En ese orden de ideas, **era claro que el servicio de Back Office, al ser discrecional, podía ser requerido, o no, por Telefónica.**

Dice el Hecho No. 2.1.6.: “Como se desprende del objeto del contrato el acuerdo entre las partes era tendiente a la prestación en los servicios referidos con base en unas proyecciones financieras y los requerimientos proyectados por las partes.”

Respuesta: No es cierto en la forma en que está redactado el hecho, y aclaro. No podía la demandante realizar sus proyecciones financieras con base en los eventuales servicios de Back Office, puesto que durante el proceso licitatorio **Telefónica se negó expresamente a entregar cualquier tipo de proyección o cálculo respecto de ese servicio**, y sólo lo haría frente a quien resultase adjudicatario del contrato; por tanto, **esa información sería**

conocida posteriormente a la presentación de la oferta por parte del interesado. Además, desde el principio Telefónica dejó claro que **no podía prometer un volumen mínimo de tráfico de dicha eventual actividad.**

En ese orden de ideas, **¿cómo realizar proyecciones financieras respecto de un servicio sobre el cual no se tiene ninguna información sobre su eventual magnitud?**

Dice el Hecho No. 2.1.7.: “Dentro de la cláusula 2 del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, se definió como “ALCANCE” el hecho que para la prestación del Servicio de Contact Center, Outsourcing debía “montar, implementar y operar el Contact center. El CONTRATISTA se obliga a satisfacer la meta señalada para cada uno de los Indicadores de Servicio establecidos en el presente Contrato, de manera que el Servicio de Contact Center sea efectivamente prestado a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.”

Respuesta: Nos atenemos al contenido de la cláusula citada.

Dice el Hecho No. 2.1.8.: “Igualmente dentro de la cláusula de ALCANCE del contrato de prestación de servicios, se estableció que “EL CONTRATISTA acepta que sus obligaciones en relación con el Servicio de Contact Center, son de resultado, en cuanto al cumplimiento de la meta establecida para cada uno de los indicadores de Servicio (...) por ende el CONTRATISTA no podrá eximirse de ese cumplimiento, a menos que se presente un evento de fuerza Mayor o incumplimiento de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP”.

Respuesta: Nos atenemos al contenido de la cláusula citada.

Dice el Hecho No. 2.1.9.: “El contrato de prestación de servicios se estableció en 2 fases, la primera denominada como “...FASE I. MONTAJE E IMPLEMENTACIÓN...”, que tendría una duración máxima de dos (2) meses contados a partir de la fecha de iniciación, y la segunda denominada “...FASE II. OPERACIÓN...”.

Respuesta: Es cierto.

Dice el Hecho No. 2.1.10.: “Posteriormente a la firma del contrato inicial entre las partes se firmó el Acuerdo No. 1 del 17 de febrero de 2007 por medio del cual se modifica el contrato No. 71.1-0148.05”.

Respuesta: Es cierto.

Dice el Hecho No. 2.1.11.: “Así mismo, posteriormente a la firma del contrato inicial entre las partes se firmó el Acuerdo No. 2 por medio del cual se modifica el contrato No. 71.1-0148.05”.

Respuesta: Es cierto.

Dice el Hecho No. 2.1.12.: “Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP incumplió el contrato celebrado y las estipulaciones contenida en los otro si (sic) y anexos convenidos en 4 puntos principales a saber:

- a. Al no permitir que mi representada prestara el Servicio de Back Office en las condiciones convenidas;
- b. Al no pagar oportunamente las facturas con el lleno de los requisitos legales debidamente presentadas por mi representada;
- c. Al Desviar el tráfico de llamadas, a otro operador o no, sin existir incumplimiento de los términos contractuales y sin que existieran las situaciones contractuales necesarias para que la desviación se presentara;
- d. Por no pagar una Bonificación sobre cumplimiento pactada contractualmente y aprobada en su valor a favor de mi representada.”

Respuesta: No es cierto. Tal y como se demostrará a lo largo de este proceso, la convocante carece de fundamento fáctico y jurídico para reclamar por: (i) la implementación **supuestamente tardía** del servicio de Back Office; (ii) por el supuesto pago tardío de algunas facturas; (iii) por un desvío de llamadas que **no existió desde la época señalada en la demanda**, y que, cuando verdaderamente tuvo lugar, **se hizo dado el incumplimiento de la convocante**. En lo tocante con las bonificaciones, la convocante sorprende con el reclamo judicial en la forma entablada, pues ella era del todo consciente de las razones que justificaban la no liquidación de las mismas, tanto así que **no las reclamó en las oportunidades en que las partes dispusieron a saldar cuentas pendientes entre ellas**.

Dice el Hecho No. 2.1.13.: “Teniendo en cuenta lo anterior, y de conformidad con el contrato suscrito, al existir diferencias derivadas de la ejecución del contrato, que no se refiriera a temas técnicos, debía acudir primero a una etapa de arreglo directo entre las partes. La etapa de arreglo se encuentra totalmente agotada, teniendo en cuenta que mi representada dirigió escrito de reclamación a la Convocada el 17 de junio de 2011, en el que presentaba por escrito el objeto de la reclamación. Fruto de lo anterior, se inició una etapa de negociación en sendas reuniones, que concluyeron su cierre con la imposibilidad de llegar a un acuerdo por las partes el pasado mes de diciembre de 2012.”

Respuesta: Es cierto.

Dice el Hecho No. 2.1.14.: “Punto por punto procedemos a narrar los hechos en relación con cada una de las situaciones frente a las que se presentó incumplimiento como hacemos a continuación.”

Respuesta: No es un hecho, es un mero anuncio de lo que posteriormente se relata, por lo que nos abstenemos de emitir pronunciamiento alguno.

“2.2. HECHOS EN RELACIÓN CON EL CONTENIDO DE LA RECLAMACIÓN

2.2.1. RECLAMACIÓN DERIVADA DEL SERVICIO DE BACK OFFICE:

Dice el Hecho No. 2.2.1.1.: “Producto de la celebración del contrato entre Outsourcing Servicios Informáticos S.A. y Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP se inició el cumplimiento, implementación y puesta en marcha de los segmentos pactados en el contrato dentro de los que se encontraba el segmento denominado Back Office.”

Respuesta: No es cierto en la forma en que está redactado el hecho, y aclaro. Tal y como se puso de presente en la contestación al hecho 2.1.5., el servicio de Back Office **se prestaría siempre y cuando lo solicitase Telefónica**, por lo que su iniciación era **del todo discrecional**.

Dice el Hecho No. 2.2.1.2.: “El servicio de Back Office hacía parte del objeto principal del contrato y debió haber iniciado desde el principio de la ejecución del contrato inicialmente pactada.”

Respuesta: No es cierto en la forma en que está redactado el hecho, y aclaro. Tal y como se puso de presente en la contestación al hecho 2.1.5., el servicio de Back Office **se prestaría siempre y cuando lo solicitase Telefónica**, por lo que su iniciación era **del todo discrecional**.

Por otro lado, el servicio de Back Office estaba condicionado al cumplimiento, por parte de la convocante, de ciertos requisitos técnicos y logísticos, por lo que no es cierto que se ejecución debió iniciar desde el contrato mismo, **sino desde cuando Outsourcing cumpliera a cabalidad con lo necesario**.

Dice el Hecho No. 2.2.1.3.: “En ese sentido, la contratación por parte de Outsourcing, se da sobre el entendimiento que el segmento Back Office hace parte del objeto del contrato suscrito, y en ese sentido para Outsourcing es determinante al momento de tomar la decisión de presentar a oferta que dio lugar al contrato toda vez que le permitía hacer las proyecciones financieras, análisis de economías a escala y flujos de caja que permitían que ese contrato fuera rentable.”

Respuesta: No es cierto. Como se manifestó en la contestación al hecho 2.1.6., **Outsourcing carecía de los elementos necesarios para poder realizar una proyección financiera sobre el servicio de Back Office**; por tanto, cualquier expectativa que se hubiese generado, tuvo como génesis **circunstancias del todo ajenas a Telefónica**.

Si para Outsourcing era tan importante el prenotado servicio, ¿por qué no cuestionó que se incluyese como “discrecional” dentro del contrato?

Aunado a lo anterior, la iniciación de ese servicio dependía del cumplimiento de los requisitos necesarios por parte de la convocante, lo que sólo vino a hacer mucho tiempo después de celebrado el contrato.

Dice el Hecho No. 2.2.1.4.: “Para la FASE II de operación las partes convinieron que Outsourcing, destinaría sus propios medios, recursos, personal, experiencia y conocimientos suficientes y necesarios para ejecutar todas las actividades tendientes al desarrollo de la operación de Contact Center.

Respuesta: Nos estamos al contenido del contrato.

Dice el Hecho No. 2.2.1.5.: “Dentro de la cláusula 5 relativa a la FASE II de OPERACIÓN, se estableció lo siguiente:

“...Las líneas de atención que operarán en esta Fase son; SERVICIOS INBOUND

- Línea Nacional de Servicio al Cliente Local
- Línea Nacional de Servicio al Cliente Larga Distancia
- Línea Nacional de Servicio al Cliente Internet
- SERVICIOS OUTBOUND
- Telemarketing para soportar el proceso de aprovisionamiento del servicio
- Telemarketing para campañas
- Canal de venta telefónica
- SERVICIOS BACK OFFICE
- Registro en los diferentes sistemas de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, las operaciones realizadas fuera de línea.
- Recepción, registro y trámite de faxes y emails
- Seguimiento a las solicitudes que no puedan ser solucionadas en línea, pero que con actividad del Back Office pueden ser solucionadas.
- Seguimiento a casos críticos.

Durante esta fase se deben poner en marcha los procesos de operación del Contact Center asociados a cada una de las líneas de servicio, así como los procedimientos necesarios para atender las operaciones limitadas por los accesos a los sistemas (Back Office).” (Negritas fuera de texto)”

Respuesta: Nos estamos al contenido de la cláusula citada.

Dice el Hecho No. 2.2.1.6.: “Mi representada dio cumplimiento a lo establecido en el parágrafo primero de la cláusula 5 del Contrato de Prestación de Servicios entregando a Colombia Telecomunicaciones el Plan de Contingencia, el Programa de aseguramiento de la calidad y el Programa de inducción.”

Respuesta: No es cierto en la forma en que está redactado el hecho, y aclaro. Si bien el cronograma fue enviado por la convocante, y aprobado por la convocada, **ello solo vino a suceder en febrero de 2006**, y ello **sólo era la primera parte de las condiciones de inicio de la operación** de Back Office.

Dice el Hecho No. 2.2.1.7.: “Mi representada mediante comunicación del 3 de enero de 2006 ratifica a Colombia Telecomunicaciones la Migración del Back Office que debía producirse desde el mes de marzo de 2006.”

Respuesta: Nos atenemos al contenido de la comunicación citada. En todo caso, como ya se ha dicho, el inicio de esa operación sólo podía suceder una vez Outsourcing cumpliera con la totalidad de los requisitos técnicos, logísticos y de personal requeridos para ello.

Dice el Hecho No. 2.2.1.8.: “Con base en lo anterior mediante comunicación del 27 de enero de 2006 Colombia Telecomunicaciones a través de la Gerente de Canales Remotos solicita a Outsourcing un cronograma general con el ánimo de efectuar la migración o traspaso de la operación del operador anterior de Back Office a Outsourcing.”

Respuesta: Nos atenemos al contenido de la comunicación citada.

Dice el Hecho No. 2.2.1.9.: “El 1 de febrero de 2006 Outsourcing Servicios informáticos S.A. remite a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP el cronograma completo de la migración de operaciones de Back Office del “Grupo A” para verificación y aprobación por parte de esta última.

Respuesta: Nos estamos al contenido de la comunicación precitada.

Dice el Hecho No. 2.2.1.10.: “El 14 de febrero de 2006 Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP a través de la Gerente de Canales Remotos envía a Outsourcing Servicios informáticos S.A. el cronograma con los ajustes correspondientes indicando y haciéndole la siguiente advertencia:

“Es importante tener en cuenta que el recurso humano (staff y asesores) asignados para este proceso deben tener disponibilidad total para todas las actividades descritas en especial la de capacitación. Cualquier retraso en el cumplimiento del cronograma inmediatamente corre las fechas estipuladas. Así mismo cada proceso de capacitación de personal nuevo debe contener los tiempos y contenidos aquí estipulados. Quedamos a la espera de su confirmación para dar inicio al cronograma...” (Negritas y subrayas fuera de texto)”

Respuesta: Nos estamos al contenido de la comunicación citada.

Dice el Hecho No. 2.2.1.11.: “Del texto anterior se desprende no solo la solicitud de Colombia Telecomunicaciones de dar inicio a las actividades Back Office sino la advertencia efectuada a Outsourcing en el sentido de evitar cualquier retraso que corriera las fechas del cronograma.”

Respuesta: Es cierto.

Dice el Hecho No. 2.2.1.12.: “Del mismo modo es claro que en la comunicación anterior Colombia Telecomunicaciones manifiesta estar a la espera de la Confirmación por parte de Outsourcing, para dar inicio al mismo.”

Respuesta: No es cierto en la forma en que está redactado el hecho, y aclaro. Telefónica estaba a la espera de que la convocante **cumpliera con las condiciones necesarias para la implementación del servicio en cuestión**, mas no de la mera voluntad de ella para empezar.

Dice el Hecho No. 2.2.1.13.: “Con base en lo anterior, y mediante comunicación del 22 de febrero de 2006, Outsourcing confirma y notifica a Colombia Telecomunicaciones el inicio a la migración de la operación así:

“... Damos por recibida su comunicación en relación a la migración de la operación Back Office, y al respecto nos permitimos confirmar el inicio al cronograma...”

Respuesta: No es cierto en la forma en que está redactado el hecho, y aclaro. Telefónica comunicó la iniciación **de la ejecución del cronograma, no de la migración**, por lo que luego de ello la convocante tendría que cumplir con todo lo señalado en la planeación, como la capacitación del personal necesario.

Dice el Hecho No. 2.2.1.14.: “Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y la confirmación de la migración de la operación del Back Office para Outsourcing, esta última

procedió a contratar todo el personal necesario para atender la misma en los términos advertidos y solicitados por Colombia Telecomunicaciones.”

Respuesta: No es cierto. Outsourcing presentó en varias ocasiones una capacidad insuficiente para poder desarrollar la operación, tanto así que Telefónica, en más de una oportunidad, la requirió para que se adecuara a los estándares previstos.

Dice el Hecho No. 2.2.1.15.: “Del mismo modo Outsourcing, de conformidad con el cronograma, procedió a efectuar la instalación de puestos de trabajo, hacer las adecuaciones de telefonía necesarias, efectuar el desarrollo correspondiente, efectuar la selección, contratación e inducción del recurso humano necesario, y dar inicio de la operación. Sin embargo, Colombia Telecomunicaciones no dio inicio a la operación de Back Office.

Respuesta: No es cierto en la forma en que está redactado el hecho, y aclaro. El inicio del servicio Back Office no se dio **debido a que la convocante no contaba con la capacidad necesaria para asumir su ejecución;** esto, por cuanto **no había contratado la totalidad del personal que se requería,** ni tampoco llevado a cabo las capacitaciones necesarias.

Dice el Hecho No. 2.2.1.16.: “El 18 de abril de 2006, Outsourcing solicita a Colombia Telecomunicaciones información necesaria para la fase de Montaje e Implementación información dentro de la que se encontraba: (i) Estadísticas generales; (ii) Estadísticas de tráfico del fax Server; (iii) Volumen Promedio por solicitud y DCP; (iv) Horas ACD históricas y número de personas asignadas mes a mes.”

Respuesta: Nos estamos al contenido de la comunicación citada. Empero, sí debemos manifestar que no entendemos cómo la convocante afirma en el hecho 2.2.1.7. que este servicio debía implementarse en marzo de 2006, **cuando en abril de 2006 estaba solicitando la información necesaria para tal fin.**

Dice el Hecho No. 2.2.1.17.: “El lunes 8 de mayo de 2006 Outsourcing mediante correo electrónico dirigido a Nancy Pedraza Alvarado confirma a Colombia Telecomunicaciones la migración del Back Office, reitera que Outsourcing está lista para la prestación del servicio reitera que se tomaron todas las medidas para el inicio de la operación de Back Office y hace las siguientes aclaraciones:

“...Luego de formalizar las fechas de migración de BO, hemos ya migrado; y está ya en fase de implementación la línea de larga distancia. Para hoy debimos haber iniciado de acuerdo al cronograma aceptado entre las partes, la capacitación de la Línea Local. Angélica me informó ésta mañana que dicha capacitación se había aplazado de manera indefinida. Te pido ayuda en ésta materia, dado que nosotros ya tomamos todas las medidas requeridas en el acuerdo, tales como: selección, contratación de personal BO, desarrollo de aplicativo y en general toda la infraestructura necesaria para la implementación. Por otro lado, ésta es una línea de negocios que estamos incluyendo dentro de nuestro flujo de caja y la verdad no nos da más espera. El favor concreto es que me ayudes a que se cumpla con el cronograma lo antes posible. Si se quiere invertir con BO de Internet primero y luego Local... También estarnos preparados...”

Respuesta: Nos estamos al contenido de la comunicación citada. Sin embargo, no es cierto que Outsourcing cumpliera con las condiciones requeridas para la implementación del servicio.

De hecho, esa misma misiva da cuenta de que **a mayo de 2006 Outsourcing no estaba en condiciones de iniciar la operación.** En efecto, de acuerdo al cronograma previsto, en esa época debían iniciarse las capacitaciones del personal que se encargaría del servicio de Back Office, por lo que, suponiendo que todo se hubiese desarrollado sin obstáculos, las capacitaciones habrían terminado **a finales de mayo de 2006,** lo que permite concluir sin mayores dificultades que en ese mes la convocante no había cumplido los requerimientos.

Pero no puede dejarse de lado que la convocante no contaba con la capacidad de personal necesaria, la que sólo vino a conseguir **meses después.** De eso da cuenta que la propia convocante se vio en la necesidad de ceder **otras operaciones por no disponer de lo indispensable para su ejecución.** Así las cosas, si Outsourcing no podía desarrollar otros servicios por falta de capacidad, ¿cómo reclamar a Telefónica que le permitiese prestar uno adicional?

Dice el Hecho No. 2.2.1.18.: “Es claro que, la operación no inició por razones atribuibles única y exclusivamente a Colombia Telecomunicaciones tal y como se desprende de las múltiples comunicaciones que se aportan con este escrito y que se cruzaron las partes desde el mes de enero de 2006.”

Respuesta: No es cierto. Los motivos que retrasaron el inicio de la operación **consistían en el hecho de que la convocante no contaba aún con la capacidad requerida para la prestación del servicio de Back Office.**

Dice el Hecho No. 2.2.1.19.: “Luego de haber efectuado todas las acciones tendientes a dar cumplimiento al contrato y de incurrir en todos los emolumentos y costos necesarios para dar

inicio a la operación, mediante comunicación del 8 de mayo de 2006 Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP informa la cancelación del programa de migración del Back Office a Outsourcing Servicios informáticos S.A. dando razones de tipo económico y operativas que afectaban a Colombia Telecomunicaciones, pero sin tener en consideración el compromiso adquirido con Outsourcing ni el cronograma convenido, hecho que traería serias repercusiones económicas a Outsourcing Servicios informáticos S.A.”

Respuesta: No es cierto en la forma en qué está redactado el hecho, y aclaro. Telefónica en comunicación del 8 de mayo de 2006, informó a Outsourcing, que la operación de migración se aplazaba, y expuso las razones que motivaban esa decisión. Al respecto se afirmó: “Como verás los argumentos son suficientemente fuertes **para haber aplazado esta decisión de migración**”. En efecto, la migración de la operación de Back Office se vio aplazada por las razones que serán expuestas en la contestación al hecho siguiente.

Dice el Hecho No. 2.2.1.20.: “Lo anterior en los siguientes términos:

“Ricardo: Buenas Tardes. Tal como se lo comenté a Angélica el día de mi Comité de Seguimiento la migración del Back Office se canceló (...) Como verás los argumentos son suficientemente fuerte para haber aplazado esta decisión de migración pensando en las implicaciones de dinero y gestión para nuestra compañía, nuestros clientes finales y la entrega responsable que debemos hacer a ustedes de cualquiera de las iniciativas grandes...”

Respuesta: No es cierto en la forma en que está redactado el hecho, y aclaro. De la comunicación invocada por la convocante, **citada de manera parcial**, se evidencia con meridiana claridad que la decisión de Telefónica obedeció **a que Outsourcing no contaba con el personal –tanto en número como en capacitación– necesario para la ejecución del servicio de Back Office**.

De hecho, en la comunicación citada, Telefónica, luego de explicar que la magnitud de la operación requería de un personal **con el que no contaba Outsourcing**, dijo que dichas precauciones obedecían a que “(...) por lo menos en este caso garanticemos la entrega de una casa ordenada **que no les impacte en el no cumplimiento de indicadores a posteriori** (...)”. Así, **del aparte no citado por la convocante**, se desprende ciertamente que Telefónica **no quería que aquella incumpliese con las metas previstas**; tan ello es así, como en la misma misiva mi mandante le recordó que “(...) ya vivimos esta historia con operaciones Inbound **y tú mismo nos hiciste caer en cuenta** que estas grandes migraciones hay que planearlas **para que no te impacten en dichos cumplimiento** (sic) (...)”.

Dice el Hecho No. 2.2.1.21.: “Las razones informadas por Colombia Telecomunicaciones estaban justificadas en consideraciones de orden meramente interno de esa sociedad, y no eran de recibo respecto de mí representada ni estaban contempladas contractualmente.”

Respuesta: No es cierto, tal y como se puso de presente en la contestación al hecho anterior, **las razones se circunscribían únicamente a la falta de capacidad de la convocante**.

Dice el Hecho No. 2.2.1.22.: “Por el contrario tanto del contrato como del cronograma y de los requerimientos efectuados por Colombia Telecomunicaciones se desprendía la obligación de mi representada de efectuar todas las tareas y actividades para recibir la operación de Back Office y de Colombia Telecomunicaciones de migrar esa operación a mi representada.”

Respuesta: Es cierto. Pero **la convocante no cumplió con su obligación**.

Dice el Hecho No. 2.2.1.23.: “Lo anterior, hacía que surgiera para Colombia Telecomunicaciones la correlativa obligación de dar cumplimiento a los términos contractuales y a los requerimientos efectuados a mi representada y permitiera el cumplimiento en relación con el Back Office.”

Respuesta: No es un hecho, es una mera apreciación jurídica que carece de todo fundamento fáctico. Sin embargo, hay que reiterar que **Telefónica cumplió en todo momento con las obligaciones adquiridas**.

Dice el Hecho No. 2.2.1.24.: “Teniendo en cuenta lo anterior, en reunión celebrada el 17 de mayo de 2006 se discutió el tema de la migración de Back Office y se dejó constancia sobre los acuerdos a los que sobre migración del proceso de Back Office se habían dado. Dentro del acápite sobre Migración del Back Office” se convino expresamente:

“...Por este motivo, se sugiere que se elabore un nuevo cronograma de actividades que contemple los procesos que van a quedar posterior a la reingeniería con base en el cual se manejará el cronograma de capacitación requerido para generar la migración hacia Outsourcing. Esta tarea se llevará a cabo inicialmente en Internet...”

Respuesta: Es cierto. De hecho en dicha acta también se dejó constancia **de la falta de condiciones necesarias para el inicio del servicio de Back Office**, de ahí que se solicitase la modificación del cronograma.

Ahora, sorprende a Telefónica el reclamo que por la supuesta tardanza eleva Outsourcing, no sólo porque, como ya se dijo, ella obedeció a la ausencia de las condiciones requeridas, **sino porque aceptada expresamente por la convocante, pues no de otra forma se explica que las partes hubiesen consentido en modificar la manera en que se iba a ejecutar dicho servicio.**

Dice el Hecho No. 2.2.1.25.: “Teniendo en cuenta la situación presentada, dirigió (sic) comunicación a Colombia Telecomunicaciones en la que entre otras cosas deja constancia del incumplimiento referido a la migración de Back Office en los siguientes términos:

“...Efectivamente las líneas correspondientes al servicio de larga distancia del Back Office fueron migradas de conformidad con el cronograma enviado.

8.- Sin embargo, la capacitación respectiva para la migración de las líneas correspondientes al servicio local del Back Office, que originalmente estaba prevista para realizarse entre el 18 de abril y el 8 de mayo, así como las capacitaciones para la migración de las líneas correspondientes al servicio de Internet del Back Office, que originalmente estaba prevista para realizarse entre el 9 y el 30 de mayo, nunca se llevaron a cabo. No obstante lo anterior, Outsourcing, S.A. en cumplimiento del cronograma procedió oportunamente a la selección y contratación de personal, al desarrollo del aplicativo y a garantizar la infraestructura necesaria para la implementación (...)

Como quiera que no es nuestra intención entrar a cuestionar las argumentos planteados en estas últimas comunicaciones, aunque dejamos expresa constancia de que no los compartimos, queremos reiterar formalmente nuestra comedida solicitud de que se dé cumplimiento al contrato celebrado y al cronograma convenido y se proceda a la mayor brevedad a la migración a las de local e Internet del Back Office, para mitigar una situación que ha sido altamente lesiva de los intereses económicos de Outsourcing...”(subrayas fuera de texto)”

Respuesta: Nos estamos al contenido de la comunicación citada. Sin embargo, **no puede dejar de ver el Tribunal que los reclamamos que invocados fueron objeto del acuerdo del que se dio cuenta en el hecho 2.2.1.24,** a pesar de haber sido la convocante la que dio lugar al retraso.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester anotar que el servicio de Back Office inició su operación desde el mes de mayo de 2006, en la medida en que la convocante cumplía con los requerimientos para el caso.

Dice el Hecho No. 2.2.1.26.: “Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, es claro que Outsourcing Servicios informáticos S.A. desde el mes de mayo de 2006: (i) dio cabal cumplimiento a los términos del contrato, (ii) a la selección, contratación y capacitación del personal necesaria para dar cumplimiento al contrato (iii) cumplió con los requerimientos de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP sobre cronogramas, establecimiento de fechas, procesos, sistemas e infraestructura en los términos no solo pactados sino exigidos por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.”

Respuesta: No es cierto. La convocante **no cumplió en esa época con las condiciones y requisitos necesarios para el servicio de Back Office.**

Dice el Hecho No. 2.2.1.27.: “También se desprende de las consideraciones anteriores de forma diáfana que la falta de inicio de la migración del Back Office por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP obedeció a condiciones de orden interno y de conveniencia de esta última cuando había requerido a Outsourcing Servicios Informáticos S.A. para el cumplimiento total de las condiciones necesarias para dar inicio a la operación. Por lo anterior, es claro que ese cambio en las políticas internas y en las condiciones de ejecución del contrato, no pueden afectar ni gravar a Outsourcing Servicios informáticos S.A.”

Respuesta: No es cierto. Como ya se ha dicho, **era Outsourcing quien no estaba preparado para prestar el servicio de Back Office.** Y Telefónica, ante la evidencia de dicha circunstancia, vio la necesidad de modificar el cronograma, no sólo para garantizar así la correcta atención de los clientes, **sino para evitar que la convocante incumpliera con las metas señaladas.**

Dice el Hecho No. 2.2.1.28.: “Mi representada en la reclamación prejudicial solicitó a Colombia Telecomunicaciones los valores derivados de la facturación en la que estaba en capacidad de facturar Outsourcing Servicios informáticos S.A. pero que no se facturó por las razones y motivos internos de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP por todos los meses en los que la operación del Back Office no inició por falta de disposición de Colombia Telecomunicaciones.”

Respuesta: Nos estamos al contenido de la reclamación mencionada.

Dice el Hecho No. 2.2.1.29.: “Teniendo en cuenta los argumentos de hecho contenidos en las consideraciones en este documento y luego de haber seguido las instrucciones Colombia Telecomunicaciones tendientes a la iniciación del cronograma de migración de Back Office tales como Selección, Contratación de personal BO, desarrollo de aplicativo y en general

toda la infraestructura necesaria para la implementación, la reclamación por concepto de BACK OFFICE se traduce en la facturación en la que estaba en capacidad de facturar Outsourcing Servicios Informáticos S.A. pero que no se facturó por las razones y motivos internos de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y que se resumen en el valor de doscientos ochenta y nueve millones quinientos cincuenta y ocho mil seiscientos treinta y dos pesos (\$281.558.632,00 M/CTE) suma que deberá ser indexada de conformidad con el IPC. El anterior valor se desprende de las siguientes operaciones:

- a. La determinación del promedio de la (sic) facturado por Outsourcing Servicios Informáticos S.A. a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP durante los 3 primeros meses de vigencia de Back Office a cargo de Outsourcing Servicios Informáticos S.A., esto es, el promedio comprendido entre agosto y octubre de 2006 promedio mensual que arroja el valor de \$114.655.205 y que se determina de la siguiente manera:(...).
- b. Definido el valor promedio, se puede determinar el valor en el que estaba en capacidad de facturar Outsourcing, pero que no se facturó por las razones y motivos internos de Colombia Telecomunicaciones S.A., ESP desde el mes de mayo de 2006, mes en el que Outsourcing estuvo listo y en capacidad de prestar los servicios así: (...).
- c. Ese valor sería el estimado a facturar por el periodo comprendido entre el mes de mayo de 2006 y el mes de julio de 2006, meses en los cuales Outsourcing Servicios Informáticos S.A. tenía a expectativa legítima derivada de la celebración del contrato con Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP de facturar por el segmento Back Office. El valor reclamado lo representa [a diferencia existente entre lo efectivamente facturado y el promedio de lo que debió facturar Outsourcing Servicios Informáticos S.A.]”

Respuesta: No nos consta, por lo que nos estamos a lo que resulte probado dentro del proceso.

“2.2.2. HECHOS DERIVADOS DE LA FALTA DE PAGO OPORTUNO E INTERESES DE MORA:

Dice el Hecho No. 2.2.2.1.: “En la cláusula 12 del Contrato de Prestación Integral del Servicio de Contact Center No. 71.1D14805 inicial se estableció por Colombia Telecomunicaciones y Outsourcing el pacto sobre intereses de mora. Expresamente establecía la referida cláusula:

“...INTERESES DE MORA, - En el evento que cualquiera de las Partes no pague una suma vencida a la otra parte según este Contrato, se causarán intereses sobre la suma no pagada a la Tasa de Intereses de Mora (tal y como esta se encuentra definida en el capítulo de Definiciones), calculada desde la fecha en que el plazo para el pago de dicha suma se venza, hasta la fecha en la cual el pago sea hecho, sin que sea necesario requerimiento previo alguno”(subrayas fuera de texto)”

Respuesta: Nos estamos al contenido de la cláusula citada.

Dice el Hecho No. 2.2.2.2.: “Por su parte en la cláusula de definiciones se estableció como definición de la Tasa de Interés de Mora la siguiente:

“...Será la máxima tasa de mora permitida por la ley colombiana...”

Respuesta: Nos estamos al contenido de la cláusula citada.

Dice el Hecho No. 2.2.2.3.: “En la cláusula 13 del Contrato se estableció el procedimiento para la facturación y el pago de la prestación del servicio efectuado por Outsourcing Servicios Informáticos S.A. en el que expresamente se incluyó el plazo de treinta (30) días para el pago de las facturas debidamente presentadas por Outsourcing Servicios Informáticos S.A. así:

“...Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP deberá pagar al CONTRATISTA todas las cantidades adeudadas, a los treinta (30) días siguientes a la correcta presentación del original y copia de la factura...”

Respuesta: Nos estamos al contenido de la cláusula citada.

Dice el Hecho No. 2.2.2.4.: “Del mismo modo en el Contrato de Prestación de Servicios se estableció un procedimiento para los eventos en los que se presentara diferencia por facturación.”

Respuesta: Nos estamos al contenido de lo pactado.

Dice el Hecho No. 2.2.2.5.: “En conclusión, a la iniciación del contrato Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP debía pagar a Outsourcing Servicios Informáticos S.A. las facturas a los treinta (30) días siguientes a la correcta presentación del original y copia de la factura, en la Oficina de Recepción Única de Cuentas de Colombia Telecomunicaciones S.A., ESP.”

Respuesta: Nos estamos al contenido de lo pactado.

Dice el Hecho No. 2.2.2.6.: “Posteriormente, en el Acuerdo No. 1 celebrado el 17 de febrero de 2007 las partes deciden modificar la cláusula 10 del contrato inicial y específicamente en las páginas 16 y 17 del referido documento se hicieron las siguientes modificaciones:

“...En relación con los Servicios de Contact Center, se activarán bajo este Contrato, los siguientes pagos:

1. Pagos periódicos.

En relación con los Servicios de Contact Center prestados en cada mes se causará un pago periódico que comienza con la Aceptación de cada una de las Líneas de Servicio que componen el Servicio de Contact Center, la cual ya se surtió y termina en la Fecha Efectiva de Terminación.

- El pago se efectuará dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura a partir del séptimo mes contado desde la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio.
- En los primeros tres (3) meses siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio se realizará el pago dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de radicación de cada una de las facturas correspondientes.
- Las facturas correspondientes a los meses cuarto, quinto y sexto siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio, se pagarán dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura respectiva...

Respuesta: Nos estamos al contenido del acuerdo citado.

Dice el Hecho No. 2.2.2.7.: "En consecuencia, desde la celebración del otro sí y durante los primeros 3 meses de vigencia del mismo, las facturas se pagarán a 30 días. En los meses 4, 5, y 6 de vigencia del otro sí el pago de las facturas se haría a 45 días y a partir del mes 7 el pago se haría a 60 días."

Respuesta: Nos estamos al contenido del acuerdo citado.

Dice el Hecho No. 2.2.2.8.: "Sin embargo, las facturas no fueron pagadas por parte de Colombia Telecomunicaciones a Outsourcing en los plazos convenidos contractualmente. Todo lo contrario, varias de las facturas fueron pagadas por fuera de los plazos estipulados."

Respuesta: Nos estamos a aquello que resulte probado en el proceso. Sin embargo, **este reclamo sorprende del todo a Telefónica**, puesto que el comportamiento de Outsourcing, consistente en ejecutar sin mayor contratiempo el contrato, **creó en mi mandante la confianza de que no había incumplimiento que pudiese demandar la actora, pues nunca cuestionó la época en que se realizaban los pagos.**

Es decir, **Outsourcing toleró completamente el actuar de Telefónica**, lo que sin duda le creó el invencible convencimiento de que **no estaba actuando en contra de los intereses de la convocante**. Así, cuestionar los pagos por haberse hecho supuestamente de manera tardía **no es una conducta que pueda aceptarse cuando ella se ejerce luego de un silencio bastante prolongado, capaz de hacer creer que no hay ninguna circunstancia que merezca ser objeto de demanda arbitral.**

Dice el Hecho No. 2.2.2.9.: "Lo anterior, se evidencia en el cuadro denominado Interés de Mora Telefónica en el que de forma detallada se discrimina el Número de la factura, el valor de cada una de las facturas presentadas, la fecha de radicación, la fecha de pago, los días de mora en el pago de cada factura la tasa aplicable para cada periodo y por ende el valor de los intereses de mora derivados de cada factura."

Respuesta: Nos estamos a la respuesta dada al hecho anterior.

Dice el Hecho No. 2.2.2.10.: "Lo narrado anteriormente, también puede verificarse con el soporte de radicación de las facturas por parte de mi representada, con el lleno de los requisitos exigidos en las instalaciones de Colombia Telecomunicaciones. Con el presente escrito adjuntamos el soporte de radicación de cada una de las facturas presentadas por mi representada así como de la fecha de pago de las referidas facturas en las que se evidencia la diferencia entre la fecha en la que debería pagarse y la fecha en la que se hizo el pago."

Respuesta: Nos estamos al contenido de los documentos citados por la convocante.

Dice el Hecho No. 2.2.2.11.: "Por lo anterior y teniendo en cuenta el acuerdo de las partes sobre pago a 30, 45 y 60 días, Colombia Telecomunicaciones debe a Outsourcing a la fecha de presentación de este escrito los intereses de mora en los términos pactados en el contrato y teniendo en cuenta la Tasa máxima de mora permitida por la ley colombiana."

Respuesta: No es cierto. **No puede tolerar el Tribunal** que la convocante, **luego de que su comportamiento diera a entender que no había incumplimiento que reclamar**, eleve de manera tardía y sorpresiva este reclamo.

Y es que si Outsourcing hubiese cuestionado a mi mandante por esta circunstancia en la misma época en que supuestamente se presentó la mora **con seguridad las partes hubiesen solucionado dicho impase**. Pero, **el silencio de la convocante, y la ejecución del contrato por su parte, hicieron creer a Telefónica que nada de su conducta sería cuestionado como un incumplimiento.**

2.2.3. HECHOS RELEVANTES PARA LA RECLAMACIÓN DERIVADA DEL DESVÍO DE LLAMADAS:

Dice el Hecho No. 2.2.3.1.: “La fecha de terminación del contrato celebrado entre Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y Outsourcing Servicios informáticos S.A. estaba programada para el 31 de enero del año 2010”

Respuesta: Es cierto.

Dice el Hecho No. 2.2.3.2.: “De conformidad con los términos del Contrato de prestación de servicios, Outsourcing tenía que tener a disposición de Colombia Telecomunicaciones toda la infraestructura y el personal contratado asumiendo los costos directos y derivados de esa infraestructura para el cumplimiento de la operación, hasta la terminación de la misma, esto es, hasta el último día de servicios y de vigencia del contrato de prestación de servicios.”

Respuesta: Es cierto. Pero es necesario aclarar que la responsabilidad sobre dicho personal, y sobre la infraestructura requerida para la ejecución del contrato, **al ser una obligación de la convocante, debe ser asumida únicamente por éste.**

Dice el Hecho No. 2.2.3.3.: “La terminación del contrato de prestación de servicios implicaba que la operación de mi representada, debía pasar a un nuevo operador designado por Colombia Telecomunicaciones.”

Respuesta: No es un hecho, sino una consideración de la convocante; consideración del todo lógica, puesto que Telefónica no puede permitirse que no exista continuidad en la atención que debe proveer a sus clientes.

Dice el Hecho No. 2.2.3.4.: “Por lo anterior, la cláusula 6 del Contrato de Prestación de Servicios inicialmente suscrito contiene un “periodo de empalme” que podía presentarse ‘desde (i) la fecha que comienza el cuarto (4ª) mes anterior a la Fecha de Terminación, o (U) dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la Fecha Efectiva de Terminación”.

Respuesta: Nos estamos al contenido de la cláusula citada.

Dice el Hecho No. 2.2.3.5.: “Dentro del periodo de empalme se establecía la migración de la operación a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP o a quien ésta designara como responsable de la operación, empalme que debía ocurrir en los siguientes términos:

“sin interrupción, traumatismo ni disminución de los indicadores de Servicio que estén en aplicación, salvo aquellos que por la ejecución de la migración sean imposibles de aplicar o atribuir con absoluta certeza al CONTRATISTA”.

Respuesta: Nos estamos al contenido de la cláusula citada.

Dice el Hecho No. 2.2.3.6.: “En los términos del Contrato de Prestación de servicios, la migración de la operación al nuevo contratista debía producirse sin la afectación a Outsourcing, sin afectar la operación, y cualquier baja que se hubiera podido presentar en los indicadores de servicio, no podían ser aplicados o atribuidos a Outsourcing Servicios informáticos S.A. tal y como se ha expuesto.”

Respuesta: No es cierto. Como lo confiesa la convocante en el hecho 2.2.3.2, la convocante debía garantizar la infraestructura y el personal para el cumplimiento de sus obligaciones hasta la terminación del contrato, por lo que el proceso de empalme no es excusa que justifique la baja en los indicadores; causada por cierto, según lo reconoce Outsourcing, por la falta de personal.

Dice el Hecho No. 2.2.3.7.: “Lo anterior, teniendo en cuenta que Outsourcing debía mantener la infraestructura y el personal necesario para mantener la operación hasta el último día de vigencia del contrato, hecho que se traduciría en costos de operación de lo contrario sería sancionada y multada en los términos del mismo contrato.”

Respuesta: Es cierto, toda vez que ello fue lo convenido contractualmente.

Dice el Hecho No. 2.2.3.8.: “Adicionalmente, porque en los términos del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, para que la orden de desactivación de los servicios o desborde procediera “... es necesario que el CONTRATISTA haya incurrido en causal de desactivación del respectivo Servicio (Línea o segmento), de acuerdo con el presente contrato. Se considerará causal de desactivación cuando cualquier Indicador de Servicio aplicable a un Servicio de Contact Center, SAAS o Servicio Eventual tenga una desviación negativa de más del 20% con respecto al promedio de los últimos tres meses...”.

Respuesta: Nos estamos al contenido del contrato.

Dice el Hecho No. 2.2.3.9.: “Mi representada no presentó incumplimiento como los descritos para que se justificara el desborde o envío de llamadas hacia otro operador o que justificara la desactivación de los servicios que venía prestando de forma previa a la terminación del contrato de trabajo.”

Respuesta: No es cierto. Outsourcing **incumplió en los resultados que debían alcanzar la operación**; incumplimiento que le fue puesto de presente por Telefónica, quien **le solicitó que tomara las medidas correctivas que fueran necesarias, sin que la convocante hubiese atendido tal solicitud**. Esto fue lo que justificó que mi mandante realizara la desviación de llamadas cuestionada.

Dice el Hecho No. 2.2.3.10.: “No obstante, tal y como se desprende de los análisis de flujo y tráfico de llamadas en cada una de las líneas de atención, Colombia Telecomunicaciones

S.A. ESP desvió o remitió las llamadas entrantes a otro operador y en cualquier caso dejó de remitirlas a Outsourcing desde el mes de octubre de 2009, esto es 4 meses antes de la terminación del Contrato de Prestación de Servicios.”

Respuesta: No es cierto. En primer lugar, **en el año 2009 Telefónica no realizó desvío de llamadas alguno**. En efecto, el desvío **sólo se produjo a partir de enero de 2010**, y fue a raíz de los incumplimientos de la convocante, **los cuales no fueron solucionados por ella a pesar de que le fue pedido por mi mandante**. Tales incumplimientos fueron conocidos e incluso aceptados por Outsourcing, quien justificó los mismos en la falta de personal, a pesar de que de acuerdo al contrato debía contar con los trabajadores necesarios para desarrollar su labor, y pretendiendo hacer responsable a mi mandante por aquello que sólo se le puede endilgar a la sociedad demandante.

La variación en el flujo de llamadas presentada antes de enero de 2010 **responde a razones distintas al desvío alegado**.

Dice el Hecho No. 2.2.3.11.: “Ese desvío de llamadas produjo que Outsourcing mantuviera la infraestructura y el personal necesario para dar cumplimiento a la operación tal y como estaba obligada contractualmente, pero, que por disposición de Colombia Telecomunicaciones e incumplimiento contractual no pudiera prestar el servicio en atención que no contó con las llamadas necesarias para llevarlo a cabo toda vez que Colombia Telecomunicaciones las había desviado a otro operador.”

Respuesta: No le consta a mi mandante lo relacionado con el personal y la infraestructura de Outsourcing. Por otro lado, **no es cierto que se hubiese realizado el desvío de llamadas**. Además, ni la infraestructura ni el personal dependían de Telefónica, por lo que **no puede responsabilizarse a mi mandante por el exceso o de personal que tuviese la convocante**; lo anterior, sin dejar de lado que la propia convocante, en comunicaciones enviadas a Telefónica, pretende justificar la disminución del cumplimiento de los indicadores en la falta de personal, lo que denota la contradicción entre lo sostenido antes y durante el litigio: o le faltaba personal, como lo aducía antes, o le sobraba personal, como lo sostiene a Dice el Hecho No. 2.2.3.12.: “En el mes de diciembre de 2009 Colombia Telecomunicaciones no solo desvíe el tráfico de llamadas, sino que permite que el Contratista nuevo que va a desarrollar la operación que dejaría de prestar mi representada, haga un ofrecimiento masivo al personal de Outsourcing, ofreciendo puestos de trabajo para desarrollar las funciones y labores que venían desarrollando para mí representada y garantizar que se siguiera prestando el servicio a través del nuevo contratista.”

Respuesta: No es cierto. Debemos reiterar que **no se produjo desvío de llamadas durante el año 2009**.

Respecto a la contratación masiva de personal que denuncia la convocante, **ésta no puede achacársele a Telefónica**, dado que la misma **responde al comportamiento del mercado**. Así, mi mandante **ni auspicia ni impide la movilización de personal**.

Dice el Hecho No. 2.2.3.13.: “Por lo anterior, en el mes de diciembre de 2009 se llegó con la sociedad convocada a un acuerdo en relación con las penalizaciones de ese mes y se daban por superados los posibles incumplimientos en los que hubiera podido incurrir mi representada, derivadas del desvío de personal en el que incurrió Colombia Telecomunicaciones.”

Respuesta: No es cierto. Las concesiones realizadas por Telefónica **no se hicieron ante la inexistencia de un incumplimiento, sino ante la comprensión de la situación de la convocante**, y que desembocaron en la inobservancia de lo pactado.

Dice el Hecho No. 2.2.3.14.: “Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que para mí representada procede el pago de lo que facturó versus lo que debió facturar en virtud del contrato, por los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010.”

Respuesta: No es cierto. Como ya lo hemos dicho en repetidas oportunidades, **no hubo desvío de llamadas durante el año 2009**; lo hubo solamente en enero de 2010, **y responde al incumplimiento de los indicadores y objetivos**, y de los planes que debían adoptarse para mitigar el impacto negativo que se generó en razón de los mentados incumplimientos.

Dice el Hecho No. 2.2.3.15.: “Por lo anterior, es claro que Colombia Telecomunicaciones en perjuicio de la operación de Outsourcing y sin que el contrato entre ellas celebrado se hubiera terminado, produjo un desvío del servicio que se tradujo no solo en una disminución drástica de la facturación por la prestación del servicio por parte de Outsourcing Servicios informáticos S.A., sino en que esta última debiera asumir todos los costos de una operación que debía mantener contractualmente.”

Respuesta: No es cierto. El desvío de llamadas **solo se produjo en enero de 2010, y no antes**. Y se dio como consecuencia de los incumplimientos de Outsourcing, los que **no solucionó a pesar de la expresa solicitud de Telefónica**.

Dice el Hecho No. 2.2.3.16.: “Lo anterior, repetimos, sin que se presentara una causal para a desactivación del servicio imputable a mí representada.”

Respuesta: No es cierto. Outsourcing **incumplió el contrato**.

Dice el Hecho No 2.2.3.17.: “La falta de servicio o de facturación referida en el numeral anterior, se estima por el valor de \$1.295.399.826 valor derivado de la facturación promedio que tenía Outsourcing Servicios informáticos S.A. en cada una de las líneas de atención, en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2009 frente a lo que realmente facturó en los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010 debidamente actualizado a la fecha de presentación.”

Respuesta: Sobre la cuantificación de los supuestos perjuicios, nos estamos a aquello que resulte probado en el proceso. Sin embargo, reiteramos que **el desvío de llamadas sólo tuvo lugar en enero de 2010, pero nunca antes**, y obedecieron al incumplimiento del contrato por parte de la convocante.

Dice el Hecho No. 2.2.3.18.: “El valor dejado de facturar se puede discriminar de la siguiente manera:(...) ”

“Los anteriores valores se derivan del promedio facturado por mi representada en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2009, en relación con lo facturado en los meses de diciembre y enero de 2010. El desborde consiste en la diferencia o valores dejados de facturar en estos 2 últimos meses en relación con el promedio que se venía facturando valor que deberá ser actualizado con el IPC a la fecha en que se condene su pago.”

Respuesta: Nos estamos a la respuesta dada al hecho anterior.

Dice el Hecho No. 2.2.3.19.: “Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que para mí representada procede el pago de lo que facturó versus lo que debió facturar en virtud del contrato, por los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010.”

Respuesta: No es cierto. No existe causa fáctica o jurídica que dé sustento al reclamo elevado por la convocante.

“2.2.4. HECHOS RELEVANTES QUE SOPORTAN LA RECLAMACIÓN DERIVADA DEL COMPROMISO DE PAGO DE UNA BONIFICACIÓN DEL ÁREA DE SOPORTE”

Dice el Hecho No. 2.2.4.1.: “Las partes suscribieron Acuerdo N. 2 al Contrato No. 71.1.0148.05 el 18 de mayo de 2005. En el numeral segundo (2º) del referido acuerdo se convino entre Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y Outsourcing Servicios Informáticos S.A. adicionar al contrato la cláusula No. 53 sobre “REMUNERACIÓN LÍNEA DE INBOUND SOPORTE TÉCNICO” la referida cláusula 53 establecía:

“...Las Partes acuerdan que a partir de la fecha de suscripción del presente acuerdo, la remuneración del Servicio inbound que tenga por objeto la atención de Soporte Técnico, se regirá, de conformidad con las condiciones descritas en el “ANEXO TÉCNICO SERVICIO INBOUND DESTINADO A SOPORTE TÉCNICO (CALL CENTER TÉCNICO) (...) y el ANEXO ECONÓMICO ACUERDO No. 2 CONTRATO NO. 71.1-0148.05 que forman parte integrante del presente Acuerdo...”

Respuesta: Nos estamos a las estipulaciones citadas por la convocante. Sí debemos aclarar, en todo caso, que el Acuerdo No. 2 fue suscrito el 20 de junio de 2007.

Dice el Hecho No. 2.2.4.2.: “Por su parte, El ANEXO TÉCNICO SERVICIO INBOUND DESTINADO A SOPORTE TÉCNICO (CALL CENTER TÉCNICO) del Acuerdo No. 2 estableció que:

“A partir del 1 de julio de 2007, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP definirá y aplicará a favor del CONTRATISTA una tabla de bonificaciones por sobre cumplimiento de las metas”.

Respuesta: Nos estamos a la estipulación citada por la convocante.

Dice el Hecho No. 2.2.4.3.: “Sin embargo, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP no dio cumplimiento al convenio contractual y por ende no pagó a Outsourcing Servicios informáticos S.A. las Bonificaciones convenidas por cumplimiento de metas.

Respuesta: No es cierto en la forma en que está redactado el hecho, y aclaro. El contrato **no contenía las metas, indicadores y metodología para calcular la bonificación pretendida**; de ahí que fuese necesario que las partes llegasen a un acuerdo sobre este punto el 19 de febrero de 2010.

Esa imposibilidad era conocida por Outsourcing, quien incluso, a la hora de discutir aquello que se debían las partes de manera recíproca, **no incluyó esa obligación en cuestión**.

Dice el Hecho No. 2.2.4.4.: “En efecto, mediante correo electrónico del mes de septiembre de 2007 Juan Carlos Gelvez Rojas de la Gerencia de Asistencia Técnica a clientes - Jefe de Call Center Técnico de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, informa a Ricardo Durán Presidente de Outsourcing Servicios Informáticos S.A. lo siguiente:

“... Ricardo, Buenas tardes, la semana anterior le entregue (sic) oficialmente a Yojhan del área de compras las tablas que se deben aplicar como bonificaciones al actual contrato, Compras les oficializara (sic) dichas tablas de acuerdo a lo que dice el contrato “A partir del 1

de julio de 2007, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP definirá y aplicará una tabla de bonificaciones sobre cumplimiento de las metas.

"Por lo tanto una vez ustedes sean notificados, se hará retroactivo dicho pago a partir de esa fecha".

Respuesta: No es estamos al contenido de la comunicación citada.

Dice el Hecho No. 2.2.4.5.: "El 19 de febrero de 2010, el Sr. Reynaldo Vargas de Colombia Telecomunicaciones, envía correo electrónico a mi representada en el que reconoce el pago parcial de por lo menos el valor de \$109.181.955, 47 de la siguiente manera:

From: 'REYNALDO VARGAS NAVIA

reynaldo.vargas@telefonica.com

To: "John Santafé Correa" <jsantafe@outsourcing.com.co>, "Rubén Darío León Muete" rdleon@outsourcin.com.co

Cc: 'HUGO CASTELLANOS APARICIO'

<hugo.castellanos@telefonica.com>

Date: Fri, 19 Feb 2010 14:46:10 «0500

Subject: RV: Pendientes Outsourcing.

Buenas tardes John y Rubén.

A continuación me permito remitirles nuestra propuesta en lo que a las multas y bonificaciones se refiere:

1. Bonificaciones:

Consideramos que se debe bonificar sólo en los meses en los cuales se cumplieron LOS DOS indicadores (niveles de atención y de servicio).

Bajo este criterio, la bonificación sería

Por \$109.181.955, 47 (contra \$ 215.263.203,10 que es lo que propone Outsourcing). Me permito adjuntar archivo con el ejercicio realizado con los Niveles..."

Respuesta: Nos estamos al contenido de la comunicación citada por la convocante.

Dice el Hecho No. 2.2.4.6.: "El 8 de marzo de 2010 el señor John Santafé Gerente Administrativo y Financiero de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP envía el histórico de correos de Outsourcing Servicios informáticos S.A. solicitando el pago de esa bonificación."

Respuesta: No nos consta, por lo que nos estamos a lo que resulte probado en el proceso.

Dice el Hecho No. 2.2.4.7.: "El 17 de marzo de 2010 el señor Jaime Alberto Riveros López de la Gerencia de asistencia Técnica Clientes Servicios Masivos de Colombia Telecomunicaciones envía correo electrónico a John Santafé, Gerente Financiero de Outsourcing Servicios informáticos S.A. ,informando que requerían de una comunicación dirigida por esta última Compañía en la que "formalicen la solicitud del pago de bonificaciones, por lo que hace necesario su remisión con los soportes contractuales donde se plantee el pago de estas".

Respuesta: No nos consta, por lo que nos estamos a lo que resulte probado en el proceso.

Dice el Hecho No. 2.2.4.8.: "Por lo anterior, Outsourcing Servicios informáticos S.A., el 23 de marzo de 2010, radicó comunicación en las instalaciones de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP en la que nuevamente solicita el pago de las bonificaciones acordadas, reenvía la propuesta de bonificaciones sugeridas por Outsourcing Servicios Informáticos S.A. del 13 de febrero de 2009 y envía un cálculo de las bonificaciones de acuerdo al modelo sugerido por valor de \$215.263.203. Lo anterior, se desprende de la liquidación de las bonificaciones que se adjunta al presente escrito."

Respuesta: Nos estamos al contenido de la comunicación citada. Sin embargo, **debemos advertir que la convocante aceptó la suma de \$119.386.109,76, como valor a pagar por las antedichas bonificaciones.**

Dice el Hecho No. 2.2.4.9.: "No obstante haber sido convenidas contractualmente las Bonificaciones y haber hecho Outsourcing Servidos informáticos S.A. todos y cada uno de los pasos y requerimientos efectuados por Colombia Telecomunicaciones S.A., ESP para su pago, esta última sociedad no pagó las referidas Bonificaciones."

Respuesta: Nos estamos a aquello que resulte probado en el proceso.

9. Pruebas practicadas

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus posiciones las partes aportaron varios documentos.

A solicitud de las partes se practicaron sendas exhibiciones documentales a cargo de cada una de ellas.

También por petición de las partes se recibieron los interrogatorios de sus representantes legales, así como los testimonios de John Fernando Santafé Correa, María Isabel Vega Borda y Hugo Castellanos Aparicio.

Igualmente, por solicitud de la convocante se recibió un dictamen por parte de un perito experto en asuntos contables y financieros, el cual fue objeto de aclaraciones y complementaciones solicitados por la parte demandada.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

En el curso de la primera audiencia de trámite el Tribunal asumió competencia y al efecto tuvo en consideración que la cláusula compromisoria pactada reúne los requisitos legales, se estipuló por escrito, las partes acordaron someter las eventuales diferencias que pudieran surgir con ocasión del contrato a la decisión de un tribunal arbitral; tiene por finalidad dirimir controversias de carácter patrimonial y de libre disposición surgidas entre las partes; cumple los requisitos exigidos por el artículo 4 de la Ley 1563 de 2012, y no se observa vicio en su celebración.

A su vez el Tribunal advirtió que las pretensiones formuladas por la demandante están incluidas en el pacto arbitral y son de libre disposición. Igualmente, encontró que las partes en dicha cláusula compromisoria son capaces de transigir, y pusieron de presente que no pudieron arreglar amigablemente las diferencias sometidas a decisión del Tribunal.

En esa oportunidad la parte demandada recurrió la providencia por virtud de la cual el Tribunal asumió competencia y al efecto sostuvo que la controversia debía someterse a la amigable composición técnica prevista en el contrato dado que *“La discusión que se ha sometido a este Tribunal es si Outsourcing contaba o no con la infraestructura, con la capacidad técnica y operativa necesarios para soportar el servicio de back office”* y que el desvío de llamadas *“es otro aspecto en donde las partes previeron específicos requisitos técnicos y operacionales para que se diera el tema de llamadas”*.

Tal y como se puso de presente al negar la reposición formulada y reitera ahora el Tribunal, la naturaleza del contrato objeto de este proceso siempre, de algún modo, tiene un ribete técnico u operacional, porque el alcance de las obligaciones que de él emanan así lo exige. Pero ello no quiere decir que, por ese solo hecho, el asunto materia de las diferencias sea propio y excluyente de una amigable composición técnica.

No es el contenido material de las obligaciones – técnico, operacional, de servicios, de comportamiento, etc. – el que determina la naturaleza de la controversia y mucho menos la competencia en materia de los métodos alternativos de solución de conflictos. Si así fuera todas las controversias vinculadas a contratos de naturaleza técnica u operacional serían técnicas u operacionales. Tampoco se trata de sostener que, dado que se imputa un incumplimiento, todas las controversias serían de carácter jurídico.

Examinadas las pretensiones y los hechos de la demanda, que determinan su competencia, el Tribunal encuentra que la imputación de la demandante no se hace consistir en el incumplimiento de alguna regla derivada de una ciencia o arte diferente del derecho ni que la discusión plateada sea que el Tribunal determine si la demandante disponía o no de una determinada infraestructura técnica o que, en general, defina aspectos técnicos u operacionales. La demanda busca que el Tribunal determine que la demandada incurrió en incumplimiento de sus obligaciones por su comportamiento contractual, lo que supone el examen de la conducta desde el punto de vista jurídico, independientemente de si su deber contractual estaba referido a un aspecto técnico u operacional, o no. En estas

condiciones el análisis de la mencionada infraestructura o del componente técnico u operacional será solamente un ingrediente para valorar el comportamiento de las partes y compararlo con las previsiones contractuales y legales. Dicho en otras palabras, la disputa planteada por la demandante – que es la que determina la competencia del Tribunal – no radica en que la demandada – o aquella misma – no atendió un criterio o regla técnica u operacional sino que la demandada desplegó una actitud contraria al contrato y al derecho, con prescindencia del contenido obligacional específico.

En concreto y sin pretender ser exhaustivo en este capítulo – porque ello se ocupará el Tribunal en esta providencia – la reclamación por el incumplimiento relacionado con el servicio de Back Office se funda en que la operación no se inició por razones atribuibles única y exclusivamente a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. y en la cancelación posterior del programa de migración por consideraciones de orden meramente interno, a pesar de que, correlativamente, la demandante había dado cabal cumplimiento al contrato, seleccionado, contratado y capacitado el personal necesario y cumplido los requerimientos sobre cronogramas, sistemas e infraestructura necesarios. A su vez, la reclamación derivada del Desvío de llamadas, radica en que desde el mes de octubre de 2009 la demandada desvió o remitió las llamadas entrantes a otro operador sin que la demandante hubiera incurrido en uno de los incumplimientos que así lo autorizaban, lo cual hizo que ésta incurriera en los costos que le exigía mantener la infraestructura y el personal necesario para el cumplimiento de la operación, con una drástica disminución de la facturación por la prestación del servicio.

En estas condiciones para el Tribunal la controversia planteada por la demandante no implica una determinación que exija necesaria y exclusivamente conocimientos técnicos, científicos o artísticos ni la selección de una firma de ingeniería con un perfil y calidades apropiados.

Un trámite de amigable composición técnica o un arbitraje técnico no podrían establecer la responsabilidad de las partes, las restituciones mutuas y la ejecutoriedad del laudo, como lo ha señalado la doctrina¹.

Así terminó reconociéndolo la propia parte demandada cuando en su alegato de conclusión abandonó su tesis, según la cual esta controversia versaba sobre la determinación sobre si OUTSOURCING contaba o no con la infraestructura, con la capacidad técnica y operativa necesarios para soportar el servicio de back office y si cumplía con las especificaciones técnicas y operacionales para el desvío de llamadas, para sostener, como lo señaló desde el comienzo el Tribunal, que controversia versa sobre el clásico debate sobre incumplimiento contractual desde la óptica puramente jurídica. Al efecto señaló su apoderado en los alegatos de conclusión que, “... *la controversia que se ha sometido a decisión del Tribunal corresponde a una responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de origen contractual, en la que debe determinarse si mi poderdante Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP incumplió o no el contrato 71.1-0148.05 de ‘Prestación Integral del Servicio de Contact Center’ celebrado con la sociedad Outsourcing Servicios Informáticos S.A., de fecha 13 de junio de 2005*” y sus modificaciones.

Así las cosas el Tribunal reitera que la controversia no es de carácter técnico ni operacional, por lo que, según las pretensiones de la demanda y la naturaleza de las obligaciones contractuales alegadas, en relación con el Contrato No. 71.1-0148.05 suscrito el 13 de junio de 2005 y sus modificaciones, es competente para conocer de la totalidad de las diferencias planteadas por la convocante.

B. EL CONTRATO CELEBRADO

El Contrato No. 71.1-0148.05 objeto de este proceso fue suscrito el 13 de junio de 2005 y fue modificado por las partes mediante el Acuerdo No. 1 del 17 de febrero de 2007, el Acuerdo No. 2 del 18 de mayo de 2007, el Acuerdo No. 3 del del 30 de noviembre de 2007, otro Acuerdo No. 3 (sin fecha), el Acuerdo No. 4 del 13 de septiembre de 2007 y el Acuerdo No. 5 del 30 de

¹ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Régimen Arbitral Colombiano. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2013. Págs. 38 y 39.

octubre de 2009, e incluye un Anexo Técnico que también se identifica como Acuerdo No. 2.

En la cláusula 1 se estableció como objeto del contrato la “*prestación del Servicio de Contact Center por parte del CONTRATISTA a **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP**, el cual incluye los Servicios Inbound, Outbound, Back Office y SAAS*”, para lo cual, en la cláusula 2 se estableció que OUTSOURCING debía “*montar, implementar y operar el Contact Center*” de manera independiente.

El concepto de “Contact Center” fue definido en el mismo contrato como “*el punto de interacción con el cliente de **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP** a través de diferentes canales; e independientemente de que los precios pactados... se refieren a la utilización de canales básico (línea telefónica, correo electrónico (e.mail) y chat), se entiende incluida en el alcance ... la utilización de otros canales, tales como web, fax, correo físico..., dispositivos móviles..., para la prestación de los Servicios de Inbound, Outbound y Back Office*”.

El Servicio Inbound comprende, según el contrato, “*la interacción de contactos entrantes de clientes y/o prospectos recibidos en el Contact Center a través de múltiples canales*”.

A su vez, el Servicio Outbound se definió por las partes como “*la interacción de contactos salientes originados en el Contact Center*”.

El Servicio de Back Office fue definido como “*el conjunto de actividades que se realizan con posterioridad al contacto con el cliente*”.

Y, sin perjuicio de otras múltiples definiciones que trae el contrato, los denominados “SAAS” corresponden a los Servicios Adicionales y Actualizaciones de Servicios y serían “... *aquellos Servicios de Contact Center que (i) aunque están expresamente incluidos en la enumeración de la Cláusula 5, deben ser prestados a través de canales distintos a la línea telefónica, el chat o el e-mail, o (ii) siendo prestados a través de línea*

*telefónica, el chat o el e-mail, requieran de infraestructura técnica adicional o (iii) aunque correspondan a servicios ya prestados bajo algún esquema de remuneración de los que menciona la Cláusula 10, o servicios nuevos que deban, por iniciativa de **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP** y previo acuerdo con el CONTRATISTA, ser prestados a cambio de una remuneración con estructura de unidades de precio, niveles de servicio o cualquier otra condición diferente de las previstas...*

El contrato preveía una primera fase de montaje e implementación, en la cual habrían de destinarse *“sus medios, recursos, personal, experiencia y conocimientos suficientes y necesarios para el diseño, adecuación, montaje e implementación... de los bienes y servicios requeridos para el Servicio de Contact Center...”*, y una segunda fase de operación *“para ejecutar todas las actividades tendientes al desarrollo de la operación del Contact Center...”*.

Igualmente el contrato previó unas líneas de atención para esa fase de operación y unos servicios eventuales en materias similares.

Aunque el contrato tiene un componente importante del concepto de “prestación de servicios” resulta imposible encasillarlo en el concepto de “arrendamiento de servicios inmateriales” de que tratan los artículos 2063 a 2069 del Código Civil.

En el sector empresarial principalmente se han venido generalizando las expresiones “Outsourcing”, “externalización” o “tercerización” para referirse a contratos similares al que es objeto de la presente litis. Se ha dicho que el “outsourcing” *“es un recurso que ha venido utilizándose en las empresas como una solución a las tendencias mundiales de competitividad, ahorro de costos, eficiencia y rentabilidad, que consiste en la transferencia de actividades internas de una empresa a otra externa especialista en el asunto que se delega”*², con lo cual no se está identificando nada diferente a la delegación de una labor – con lo cual habría elementos del mandato, sin serlo –, para la prestación de un servicio afín o vinculado, que realizaba o podía realizar el delegante, con énfasis en el hecho de que el contratista que

² BERMÚDEZ A, Katerine. *Outsourcing y Derecho Laboral*. En Discurso Laboral No. 2. Agosto de 2005. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Laboral.

lo asume obra de manera independiente sin relación de dependencia de orden laboral.

En esta órbita el denominado “outsourcing” o la “tercerización” no es un contrato propiamente dicho sino una herramienta de desplazamiento o delegación de una labor por parte de una empresa hacia un contratista independiente con el fin de que la primera pueda desentenderse de esa labor para concentrarse en otras metas.

En realidad el contrato *sub judice* es un contrato atípico al que se aplican las reglas contractuales y las normas legales que regulan determinadas obligaciones. Es así mismo un contrato bilateral, conmutativo y consensual que se distingue por ser de aquéllos donde los roles de cooperación y colaboración entre las empresas contratantes priman sobre la tradicional antinomia de intereses, que aúnan fuerzas para alcanzar los fines contractuales particulares.

Como bien lo explica la literatura especializada desde los años 90, el progresivo desarrollo de las nuevas tecnologías y el avance en materia de comunicaciones, han impulsado a las organizaciones empresariales que andan siempre buscando un tamaño correcto en sus recursos para poderlos enfocar en aquello a lo que les es propio y que saben hacer -especialmente en la cantidad correcta de personal- a desplazar, delegar y trasladar determinados procesos internos y/o las actividades de interacción con los clientes a recursos externos especializados que cuenten con los niveles de calidad, especialización, eficiencia y economías (reducción de costos) adecuados para desarrollarlos. En el primer caso, estamos hablando de la modalidad de “BPO” (“*Business Process Outsourcing*”) que se traduce como subcontratación de procesos de negocios y, los segundos, como puntos de contacto entre la empresa y sus clientes a través de medios de comunicación telefónicos, como es el caso de los llamados *Call Centers* o a través de verdaderos centros de interacción por diversos canales: *Contact Centers* que comprenden además del hilo telefónico, la comunicación por celulares, chats (mensajería instantánea o conversaciones inmediatas vía internet, celular y otras tecnologías de transferencia de datos), correo electrónico, *e-mailing*

(correos electrónicos y/o mensajes de texto para atender servicios de postventa y mercadotecnia, mejora y estímulo en las ventas, fidelización de clientes, etc.), audio y videoconferencia por Internet o servicios deslocalizados ubicados en cualquier parte del mundo (*Contact Centers “Off shore”*).³

La doctrina sobre el tema nos recuerda que hay funciones que las empresas suelen estar dispuestas a subcontratar o trasladar al *outsourcing* o recurso externo, como aquellas que se perciben como no propias de la organización como sucede con los servicios especializados, rutinarios o de apoyo no propios del giro social de la empresa o las de tecnología o mercado rápidamente cambiantes en las que es costoso reclutar, capacitar y retener al personal o exigen de grandes y periódicas inversiones⁴. No es frecuente encontrar que se externalicen funciones que conlleven riesgos legales de responsabilidad corporativa o personal, planeación estratégica o administración de las finanzas y, sobretodo las que impliquen delegación de la profesionalidad que en casos como la actividad financiera, están prohibidos.

C. EL SEGMENTO DE BACK OFFICE

1. El problema jurídico planteado

Corresponde en este punto al Tribunal analizar la controversia que gira en torno al servicio de Back Office, la cual ha dado lugar al planteamiento de los siguientes problemas jurídicos: ¿Constituye la decisión unilateral por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, consistente en no implementar el servicio de Back Office, un incumplimiento al Contrato de Prestación Integral del Servicio de Contact Center? De ser así, ¿causó dicho incumplimiento perjuicios a la convocante que deban ser indemnizados por la convocada?

³ MORRIS Eddie y otros. SERVICIOS DE CONTACT CENTER BASADOS EN OFFSHORE OTSOURCING, Editorial Esan, Lima, Universidad ESAN, 2009, Serie Gerencia Global.

⁴ ROTHERY, Brian – ROBERTSON, Ian.- “OUTSOURCING” La Subcontratación Editorial LIMUSA, S.A. de C.V., Grupo Noriega Editores, 2000, México D.F.

Para poder dar respuesta a los interrogantes planteados, este Tribunal analizará (i) el rol del Back Office dentro del Contrato celebrado entre sus partes, en particular su calidad de servicio eventual; (ii) el mecanismo de implementación del Back Office; (iii) la capacidad operativa de OUTSOURCING para prestar el servicio y; (iv) el comportamiento de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP durante la ejecución del contrato.

2. Del Back Office como un servicio eventual del Contrato de Prestación Integral del Servicio de Contact Center

En primer lugar, para poder dar respuesta a los interrogantes planteados, resulta necesario establecer el papel del Back Office dentro del contrato de la referencia y si éste hacía parte integral o no de su objeto. Lo primero que hay que recordar es que la Cláusula Primera incluye como servicio objeto del contrato al Back Office.

Sin embargo, el contrato es claro al establecer que se trata de un servicio con características particulares, que se denomina “eventual”. En este sentido, y de conformidad con el Parágrafo Tercero de la Cláusula Quinta del Contrato de Prestación Integral del Servicio de Contact Center, son servicios eventuales *“aquellos servicios cuya prestación no está en el alcance original de este Contrato, descritos a continuación, [que] podrán ser requeridos, discrecionalmente, en cualquier momento de la vigencia de este Contrato por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y deberán ser prestados por el CONTRATISTA, de acuerdo con las reglas que se describen más adelante (los “Servicios Eventuales”).* A continuación el contrato enumera los “Servicios Eventuales”, dentro de los cuales se encuentran los Servicios Back Office.

Las partes se pronunciaron en el mismo sentido en sus alegatos de conclusión sobre la eventualidad del Back Office, esto es, aquellos cuya prestación hace parte del contrato una vez sean solicitados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. Por un lado, la parte convocante

manifestó que “El Servicio de Back Office era un servicio eventual en la medida en que Colombia Telecomunicaciones podría o no hacer ejercicio de la facultad de poner en marcha el servicio y de solicitar su ejecución”. Por su parte, la parte convocada indicó “Que el back office era un servicio eventual. En efecto, aparece estipulado en el párrafo 3º de la cláusula quinta del contrato celebrado entre las partes que ‘(...) se consideraran ‘Servicios Eventuales’ los siguientes: (...) **SERVICIOS BACK OFFICE**”.

Así las cosas, por la propia interpretación de las partes, no hay duda de que el servicio de Back Office podría ser requerido o no y que una vez fuera requerido, dejaba de ser eventual, y de cumplirse lo previsto en el Contrato para su implementación haría o no parte del objeto del contrato. De ahí que sea imperativo analizar el mecanismo previsto para su montaje, implementación y operación, en el caso objeto de la Litis.

3. Del montaje, implementación y operación del Back Office

Respecto de la manera en que un servicio ha de ser activado, el literal (b) del Párrafo Tercero de la cláusula Quinta del Contrato dispone que “Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP solicitará mediante comunicación escrita al CONTRATISTA la inclusión en el Servicio de Contact Center de un Servicio Eventual (...), para lo cual deberá cursar dicha solicitud con un periodo de al menos quince (15) días hábiles de anterioridad a la fecha en que deba iniciarse la prestación del respectivo ‘Servicio Eventual’”.

“1. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la comunicación, el CONTRATISTA deberá proveer a **Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.** un plan de acción para implementar en su misma sede el servicio eventual requerido, basado en la infraestructura y plataforma tecnológica en operación, y con especificidad del cronograma de implementación y los agentes adicionales necesarios. Siempre que no estén en operación dos o más servicios eventuales, no habrá lugar a requerimientos adicionales de infraestructura o plataforma tecnológica. En este evento, el CONTRATISTA deberá proveer el servicio eventual del que se trate, a los precios incluidos en el anexo (Precios de Servicios Eventuales).

“(....)”

“3. Si aún no están en operación dos o más servicios eventuales, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. tendrá un plazo de tres (3) días hábiles para aprobar o formular objeciones al plan de acción del CONTRATISTA.

Así las cosas, si bien la Partes en el Contrato no fueron claras respecto del momento en que el servicio deja de ser eventual para llegar a ser parte del objeto del contrato, de lo dispuesto en el mismo se puede inferir que con la solicitud del servicio de parte del Contratante al Contratista se entiende que ambas partes comienzan un proceso de ejecución del servicio dentro del ámbito contractual, en virtud del cual (i) el contratista debe proveer a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP un plan de acción para implementar el servicio requerido; (ii) COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP tendrá un plazo de tres días hábiles para aprobar o formular objeciones al plan de acción presentado; (iii) en caso de que se presenten objeciones al plan de acción, el Contratista deberá hacer los ajustes en un término no superior a dos días hábiles, o justificar la inviabilidad de las objeciones; y (iv) aprobado el Plan, se deberá proceder al montaje, implementación y operación del servicio, fases que se encuentran reguladas por las Cláusulas Cuarta y Quinta del Contrato.

En este orden de ideas, las fases de montaje, implementación y operación se configuran como desarrollo del servicio de Back Office que ya ha dejado de ser eventual con su solicitud y que ahora forma parte del contrato. Así las cosas, cualquier incumplimiento de las partes que se presente durante estas fases, configura una vulneración al contenido contractual.

Ahora bien, en el caso que ocupa la atención del Tribunal, se probó que el servicio eventual de Back Office fue solicitado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a OUTSOURCING, tal y como consta en las comunicaciones del 3 de enero de 2006 de Ricardo Durán Lizarazo, Gerente General de OUTSOURCING, dirigida a Nancy Pedraza Alvarado, Gerente de Canales Remotos de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.

ESP; y del 27 de enero de 2006 que da respuesta a la anterior. Por medio de estas comunicaciones COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP informa a la convocante el número de personas y puestos de trabajo que debe alistar, así como el cronograma de las capacitaciones. De igual manera, solicita a la convocante enviar un cronograma completo de la migración.

Mediante comunicación del 1º de febrero de 2006 OUTSOURCING envió a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP el cronograma completo para su verificación y aprobación, lo cual a todas luces deja ver que las partes ya se encontraban en una etapa de ejecución contractual, cuyo objeto era la prestación del servicio Back Office.

Sin embargo, luego de que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP enviara ajustes al cronograma y que OUTSOURCING confirmara el inicio al cronograma, y ante el requerimiento de información de la convocante a la convocada respecto de la fase de Montaje e Implementación, mediante correo electrónico del 8 de mayo de 2006, ésta decidió suspender la migración.

En este orden de ideas, si bien no se inició la fase de Montaje e Implementación por la decisión de suspensión de la migración de parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, las partes sí llevaron a cabo actos de ejecución del Contrato de la referencia.

En este punto es necesario poner de presente que la parte convocada incurre en unas contradicciones respecto de su posición frente a la implementación o no del Back Office, pues al paso que afirma que la cancelación de la migración ocurrió por culpa de la convocante, por otro lado asegura que ello tuvo lugar por haber cesado la correspondiente necesidad. En efecto, la señora María Isabel Vega Borda, Secretaria General de Coltel S.A., manifestó en su declaración que *“(...) lo que encontramos es que efectivamente la operación de back office sí se implementó, se implementó en los tamaños que fueron necesarios y se encuentra a su vez que efectivamente hubo una de las ramas de la operación back office que se tuvo*

que suspender porque ya no era necesaria la prestación de dicha actividad”
(subrayas fuera de texto).

En el contexto de la declaración de la representante legal de la convocada se aduce, por su parte, lo siguiente:

“ (...) ese dimensionamiento no va a ser abordado ni siquiera con lo que podría ser una primera instancia de capacitación, porque es personal que no tiene línea de aprendizaje de ninguna naturaleza y que de acuerdo a lo que ya experimentaron en una migración que hicieron con Outsourcing para operaciones de in bound (sic) ustedes mismos realizaron que en este tipo de migraciones si no hay una planeación, lo que se lleva es a que sea el mismo Outsourcing el que no cumpla los indicadores y esa es la razón”

Dicho conjunto concatenado de comportamientos dirigidos inequívocamente a la prestación del Back Office terminó con la decisión unilateral de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP de cancelar la migración, la cual fue comunicada a la convocante mediante correo electrónico del 8 de mayo de 2006, decisión que fue tomada con base en las siguientes consideraciones:

“(...

- 2. Para mediados o finales del mes se espera tener un crecimiento en Internet, situación proveniente de una posible promoción (situación no confirmada)*
- 3. A causa de los movimientos y cambios en los planes del Local se espera que la segunda quincena del mes el volumen de llamadas por quejas de facturación se incremente y esta situación era de conocimiento operativo.*
- 4. Se va a generar la masificación del proceso de inscripción de planes a nivel nacional, lo que impacta en un incremento del DCP de Local y por ende en disponibilidad de recursos (asesores y estaciones).*
- 5. Los puntos 4 y 5 originan que el volumen de transacciones que maneja el Back se complejicen y se asuman nuevos procesos de un alta responsabilidad ante la organización y que impactan temas de costo y manejo de cliente final. Por este motivo, se identificó que es más óptimo que*

se asuman con una operación que ya conoce el tema de antemano y no una migración riesgosa que pondría en vilo los ingresos de la compañía. Mas cuando por más esfuerzos en capacitación que se realicen sabemos de antemano las consecuencias de manejar estos temas con personal nuevo que implican una curva de aprendizaje bastante alta”.

Como se procede a exponer, ninguna de las causas aducidas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP para cancelar la migración es atribuible a un incumplimiento contractual de OUTSOURCING. Obsérvese que el mismo no se menciona tampoco por la hoy convocada.

4. De la capacidad operativa de OUTSOURCING para prestar el servicio

De acuerdo con los motivos aducidos por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP para cancelar la migración, resulta en este punto de vital importancia analizar la capacidad operativa de OUTSOURCING para prestar el servicio, de cara a un posible incumplimiento del contrato que justifique la cancelación unilateral del servicio.

Lo primero que ha de indicarse al respecto es que el literal (a) del Parágrafo Tercero de la Cláusula Quinta establece a cargo del convocante la obligación de mantener una capacidad que le permita asumir los servicios eventuales solicitados, a saber:

*“El CONTRATISTA se obliga a mantener una capacidad instalada que le permita asumir, a solicitud de **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP**, sin sobre costos ni deterioro de los Indicadores de Servicio, la operación de picos en los Servicios de Contact Center y la operación de hasta dos Líneas Inbound (...) correspondientes a Servicios Eventuales”.*

De la cláusula transcrita se desprende que OUTSOURCING se encontraba en la obligación de mantener una capacidad instalada para la prestación de servicios eventuales.

Si bien en la carta de cancelación del servicio nada manifiesta COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP sobre el particular, en sus alegatos de conclusión la convocada realiza una serie de afirmaciones dirigidas a establecer que OUTSOURCING incumplió con esta obligación, por cuanto considera que contaba con una capacidad insuficiente para desarrollar la operación. Respecto de la capacidad operativa de OUTSOURCING y de las líneas que fueron devueltas, la señora Vega manifiesta que *“cuando se incrementa el volumen de llamadas, si el proveedor hubiera tenido personal y capacidad tecnológica para contestarlas, no hubiera tenido que prescindir de estas líneas”*.

En efecto, en el proceso quedó probado, entre otros medios de convicción, con la declaración del representante legal de OUTSOURCING, Señor Ricardo Durán Lizarazo, que antes de prestar el servicio de Back Office, la demandante devolvió o cedió las denominadas “líneas azul y oriente”. Así fue manifestado por el Señor Durán:

“Sí, devolvimos una parte mínima que se llamaba la línea azul y la línea oriente fue cedida, fue redireccionado ese tráfico a la misma Telefónica o a otro proveedor que era un tráfico realmente bajo, en ese momento Coltel estaba teniendo en el entorno algo que se llamaba el nuevo régimen tarifario que afectaba la línea local y todas las llamadas estaban desbordadas en la línea local dado que esto fue una incorporación en la legislación de la CRC que hizo que todos los call center de las “telcos” estuvieran congestionados”.

Sin embargo, el mismo señor Durán manifiesta que las líneas fueron devueltas para poder atender la demanda que implicaba la prestación del Back Office. Así las cosas, la circunstancia atinente a la devolución de las líneas no implica necesariamente que OUTSOURCING no contara con la capacidad necesaria para cumplir con el servicio eventual, como lo pretende hacer ver la señora Vega en su declaración. La falta de capacidad alegada por la convocada –que el Tribunal no descarta que hubiera podido ocurrir– simplemente no está acreditada en el proceso. En el expediente simplemente reposan afirmaciones encaminadas en dicho sentido, sin que por ello se encuentren probadas. En este sentido, considera el Tribunal que en el

proceso no se encuentra acreditado que OUTSOURCING no estuviera listo para prestar el servicio de Back Office.

De otra parte, es necesario poner de presente que la actuación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP encaminada a la cancelación del servicio impidió que OUTSOURCING, en dado caso, hubiera llegado a incumplir, pues no permitió que se llegara a una fase de implementación del servicio. Es decir, el supuesto incumplimiento alegado es una mera suposición de parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP de lo que hubiera podido ocurrir si se hubiera continuado con el contrato. Como quiera que en el expediente no obra prueba alguna que pueda corroborar las suposiciones, dicha circunstancia se queda en el campo de lo posible.

La comunicación del 8 de mayo, y el interrogatorio de la representante legal de la convocada, son contestes en evidenciar el temor –quizás fundado– de que la convocante pudiera no tener la capacidad necesaria para adelantar la migración del back office. Pero esa circunstancia no configura un incumplimiento por parte de OUTSOURCING y ni siquiera constituye un elemento suficiente para justificar jurídicamente la decisión unilateral de cancelar la migración, sino que, a juicio del Tribunal, debió generar un acuerdo que tuviera en consideración los intereses de ambas partes.

5. Del comportamiento de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP durante la ejecución del contrato

Como se ha visto, la decisión unilateral de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP de cancelar el servicio de Back Office fue notificada a OUTSOURCING mediante correo electrónico del 8 de mayo aduciendo un posible incremento de la demanda proveniente de una posible promoción.

Sin embargo, la razón de dicha actuación no resulta ser del todo clara luego de las declaraciones rendidas por las señoras María Isabel Vega Borda y

Martha Elena Ruiz Díaz-Granados, de acuerdo con las consideraciones previamente expuestas.

De lo anterior se desprende que dentro de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP no hay consistencia respecto de las razones por las cuales se decidió cancelar el servicio, pues, por un lado se aduce un incremento en la demanda de sus servicios y por otro, que la actividad ya no era necesaria. Lo anterior pone en duda que el contenido de la comunicación del 8 de mayo realmente corresponda a la totalidad de las razones que motivaron a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a cancelar el servicio, y lleva a considerar que se trató de una actuación infundada, máxime cuando el supuesto incumplimiento de OUTSOURCING nunca fue probado. Como quiera que no se probó un incumplimiento de parte de OUTSOURCING, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP no se encontraba facultada para separarse del cumplimiento de sus obligaciones. Debe recordarse que, de conformidad con la Cláusula 39 del Contrato, cualquier modificación al contrato, como lo era la puesta en funcionamiento del servicio de Back Office una vez éste fuera solicitado, debería constar en documento firmado por ambas partes, manifestando su aceptación a la modificación.

En este orden de ideas, la cancelación intempestiva comporta un incumplimiento contractual conforme a lo ya expuesto en esta parte motiva, que ocasionó un perjuicio a OUTSOURCING que se traduciría en el daño emergente por los gastos que hubiesen sido ocasionados por los trámites y procedimientos llevados a cabo con el propósito de prestar el servicio de Back Office, y como lucro cesante las ganancias dejadas de percibir a casusa de la no prestación del servicio por la actuación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, que claramente no corresponden a los ingresos brutos que se hubieran generado por este servicio como equivocadamente lo pretende la demandante.

En el escrito de la demanda se solicita reconocer la suma de \$281.558.632 como valor de la reparación por el incumplimiento de Telecomunicaciones S.A. ESP correspondiente al Back Office, por concepto de facturación de

servicios que no se llevaron a cabo por causa de la convocada durante los meses de mayo a julio de 2006. El Tribunal encuentra que en tal concepto están incluidos los perjuicios correspondientes a daño emergente y a lucro cesante, esto es, a los costos y gastos en que incurrió OUTSOURCING para la prestación del Back Office y a las utilidades dejadas de percibir por la cancelación del servicio. Sin embargo, en el proceso no se acreditó la existencia ni el monto de los costos y gastos en los que incurrió OUTSOURCING, no debiéndolo hacer, por la cancelación del servicio de Back Office. Así las cosas, correspondería a este Tribunal reconocer la existencia de un lucro cesante referente a las utilidades dejadas de percibir por los meses de mayo a julio de 2006. No obstante, su monto tampoco fue acreditado dentro del proceso, razón por la cual este Tribunal no reconocerá el valor objeto de la pretensión por cuanto no se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso.

En efecto, la pretensión supone que el Tribunal deba reconocer a título de indemnización una suma equivalente a una facturación, cuando, por definición, el monto de facturación de un servicio jamás equivale a un daño en la medida en que todo servicio supone – en principio, al menos – costos y gastos. El daño en este caso estaría constituido por el daño emergente, esto es, por los gastos y costos en que efectivamente habría incurrido la convocante y que no le fueron pagados por la convocada. Y el lucro cesante, que en este evento estaría conformado por la utilidad dejada de percibir.

Empero, la convocante no prueba los costos y gastos relacionados con el back office en los cuales tuvo que incurrir durante los meses de que da cuenta la pretensión indemnizatoria. Revisado el dictamen realizado por JEGA, el Tribunal observa que se evidencian costos laborales durante amplios períodos de tiempo y en relación con toda la actividad de la compañía convocante. Más aún, el Tribunal observa que los gastos de personal, por ejemplo, lejos de ser más altos, disminuyen en el período de mayo a julio de 2006, y suben en los meses en los cuales el back office se presta y se paga, esto es, durante los meses de agosto a octubre de 2006, con un porcentaje de variación trimestral del 8,4%.

A partir de ello, el Tribunal considera que la convocante no probó, debiéndolo hacer, los costos y los gastos en que incurrió en el periodo demandado ni el monto de la utilidad dejada de percibir, con cargo al servicio de back office, durante dichos meses. Por lo tanto, se abstendrá de liquidar condena alguna a este respecto.

D. LOS INTERESES DE MORA RECLAMADOS POR EL PAGO DE FACTURAS

Sostiene que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP incumplió el contrato al no pagar oportunamente las facturas presentada con el lleno de los requisitos legales, en los términos de la cláusula 12 del Contrato, a cuyo tenor, *“En el evento que cualquiera de las Partes no pague una suma vencida a la otra parte según este Contrato, se causarán intereses sobre la suma no pagada a la Tasa de Intereses de Mora (tal y como esta se encuentra definida en el capítulo de Definiciones), calculada desde la fecha en que el plazo para el pago de dicha suma se venza, hasta la fecha en la cual el pago sea hecho, sin que sea necesario requerimiento previo alguno”*.

Agrega que en la cláusula 13 del Contrato se estableció el procedimiento para la facturación y el pago de la prestación del servicio efectuado por OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A. en el que expresamente se incluyó el plazo de treinta (30) días para el pago de las facturas debidamente presentadas por la demandante.

Indica que posteriormente, en el Acuerdo No. 1 celebrado el 17 de febrero de 2007 las partes modificaron la cláusula 10 del contrato, así:

‘...En relación con los Servicios de Contact Center, se activarán bajo este Contrato, los siguientes pagos:

1. Pagos periódicos.

En relación con los Servicios de Contact Center prestados en cada mes se causará un pago periódico que comienza con la Aceptación de cada una de las Líneas de Servicio que componen el Servicio de Contact Center, la cual ya se surtió y termina en la Fecha Efectiva de Terminación.

- *El pago se efectuará dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura a partir del séptimo mes contado desde la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio.*
- *En los primeros tres (3) meses siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio se realizará el pago dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de radicación de cada una de las facturas correspondientes.*
- *Las facturas correspondientes a los meses cuarto, quinto y sexto siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio, se pagarán dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura respectiva...'*

Dice las facturas no fueron pagadas por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a OUTSOURCING en los plazos convenidos contractualmente.

La demandada por su parte señala que este reclamo es sorprendente puesto que el comportamiento de OUTSOURCING, consistente en ejecutar sin mayor contratiempo el contrato, creó en aquella la confianza de que no había incumplimiento que pudiese demandar la actora, pues nunca cuestionó la época en que se realizaban los pagos.

El Tribunal designó como perito a la sociedad Jega Accounting House Ltda. para que rindiera un dictamen sobre el particular, el cual fue presentado el 15 de enero del año en curso y en la parte pertinente a los intereses de mora por pago extemporáneo de las facturas, indicó lo siguiente:

“Para calcular los intereses de mora derivada (sic) del pago extemporáneo de las facturas por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., se aplica la siguiente metodología:

Verificación de la información fuente de los cálculos

Se efectuaron las siguientes evaluaciones y verificaciones a la información y documentación suministrada por Outsourcing Servicios Informáticos S.A. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., así:

- Revisión de todas las facturas en que la convocante solicita se liquiden intereses moratorios, para verificar la fecha de radicado en Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.
- Revisión del valor de la factura y plazo acordado para pago.
- Revisión de la fecha de pago según recibos de caja y soportes de ingreso a Bancos (tanto en Outsourcing Servicios informáticos S.A. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.), para calcular los días de mora.

Tasas de intereses moratorias

Para efecto de los cálculos se tuvieron en cuenta las tasas de intereses tomadas de la página de la Superintendencia Financiera de Colombia. En la siguiente tabla se muestran las resoluciones con las cuales se emitieron dichas tasas, las tasas de intereses corrientes y las tasas de intereses moratorios (esta tasa se determina tomando el interés corriente multiplicado por 1.5):

Resolución	Fecha	Desde	Hasta	Interés Anual Bancario Corriente	Tasa Legal Usura (Efectiva Anual)
1257	31/08/2005	1-sep-05	30-sep-05	18,22%	18,22%
1487	30/09/2005	01-oct-05	31-oct-05	17,93%	26,90%
1690	31/10/2005	01-nov-05	30-nov-05	17,81%	26,72%
8	30/11/2005	01-dic-05	31-dic-05	17,49%	26,24%
290	30/12/2005	01-ene-06	31-ene-06	17,35%	26,03%
206	31/01/2006	01-feb-06	28-feb-06	17,51%	26,27%
349	28/02/2006	01-mar-06	31-mar-06	17,25%	25,88%
633	31/03/2006	01-abr-06	30-abr-06	16,75%	25,13%
748	28/04/2006	01-may-06	31-may-06	16,07%	24,11%

887	31/05/2006	01-jun-06	30-jun-06	15,61%	23,42%
1103	30/06/2006	01-jul-06	31-jul-06	15,08%	22,62%
1305	31/07/2006	01-ago-06	31-ago-06	15,02%	22,53%
1468	31/08/2006	01-sep-06	30-sep-06	15,05%	22,58%
1715	29/09/2006	01-oct-06	31-dic-06	15,07%	22 61%
8	04/01/2007	01-ene-07	31-mar-07	13,83%	20,75%
428	30/03/2007	01-abr-07	30-jun-07	16,75%	25,13%
1086	29/06/2007	01-jul-07	30-sep-07	19,01%	28,52%
1742	28/09/2007	01-oct-07	31-dic-07	21,26%	31,89%
2366	28/12/2007	01-ene-08	31-mar-08	21,83%	32,75%
474	31/03/2008	01-abr-08	30-jun-08	21,92%	32,88%
R1011	27/06/2008	01-jul-08	30-sep-08	21,51%	32,27%
R1555	30/09/2008	01-oct-08	31-dic-08	21,02%	31,53%
R2163	30/12/2008	01-ene-09	31-mar-09	20,47%	30,71%
R0388	31/03/2009	01-abr-09	30-jun-09	20,28%	30,42%
R0937	30/06/2009	01-jul-09	30-sep-09	18,65%	27,98%
R1486	30/09/2009	01-oct-09	31-dic-10	17,28%	25,92%
2039	30/12/2009	01-ene-10	31-mar-10	16,14%	24,21%
0699	30/0312010	01-abr-10	30-jun-10	15,31%	22,97%

Fórmula para determinar la tasa de intereses nominal diaria

Con base en la anterior información se determinó la tasa de interés de mora diaria aplicando la siguiente fórmula:

$(1+i)^{(1/365)}$, donde:

^ = Potencia (elevado a)

i= tasa de interés moratoria efectiva anual

Una vez estimada la tasa de interés de mora diaria se multiplica por el número de días de cada período.

Cálculos: Para el cálculo se presentan a consideración del Honorable Tribunal dos escenarios:

1- Escenario 1: Descontando del Valor de la Factura los anticipos pactados para cruzar en esas fechas.

2- Escenario 2: Tomando el total facturado sin descontar anticipo

A continuación se desarrollan cada una de los escenarios:

1-Escenario 1: Descontando del valor de la Factura los anticipos pactados para cruzar en esas fechas.

Según la cláusula 10: valor del contrato No. 71.1-0148.05, se indica lo siguiente sobre el anticipo:

“(...(b) Amortización: El valor del anticipo que se otorgue será amortizado obligatoriamente de acuerdo con el siguiente procedimiento: (a) Antes de la Fecha Límite de Aceptación, se amortizará en cada pago que se cause a favor del CONTRATISTA, de acuerdo con el numeral 2 siguiente, una suma equivalente al 10% del valor de la respectiva factura y (b) Después de la Fecha Límite de Aceptación, el saldo del anticipo que no se haya amortizado en los pagos realizados hasta ese momento, se amortizará en los pagos realizados hasta ese momento, se amortizará en doce (12) pagos siguientes a la Fecha Límite de Aceptación (que se causen de acuerdo con el numeral 2 siguiente). Para la amortización a la que se refiere el literal b anterior, de cada pago se deducirá un monto equivalente a una doceava parte del aludido saldo no amortizado.(...)” (La negrilla no es del texto)

Del análisis realizado a las facturas, que presentaron mora en el pago, se observaron los siguientes descuentos por anticipo:

No. Factura	Fecha	Valor total factura	Descuento anticipo	Neto factura
4708	NOVIEMBRE 8 2005	\$782.528.127	\$166.504.431	\$616.023.696
4803	ABRIL 4 2006	\$977.921.564	\$166.504.431	\$811.417.133
4827	MAYO 2 2006	\$758.447.825	\$166.504.431	\$591.943.394
4847	JUNIO 5 2006	\$913.608.543	\$166.504.431	\$747.104.112
4886	AGOSTO 1 2006	\$1.035.810.480	\$166.504.431	\$869.306.049
4906	SEPTIEMBRE 1 2006	\$1.046.501.530	\$166.504.431	\$879.997.099
4926	OCTUBRE 2 2006	\$1.016.161.022	\$166.504.431	\$849.656.591
5062	FEBRERO 5 2007	\$91.488.260	\$1.946.829	\$89.541.431
	TOTALES	\$6.622.467.351	\$1.167.477.846	\$5.454.989.303

En este escenario se considera lo establecido en la cláusula 6 del acuerdo No. 1 de febrero 17 de 2007, que indica lo siguiente:

“I. Pagos periódicos

En relación con los Servicios de Contact Center prestados en cada mes se causará un pago periódico que comienza con la Aceptación de cada una de las Líneas de Servicio que componen el Servicio de Contact Center, la cual ya se surtió y termina en la Fecha Efectiva de Terminación.

- El pago se efectuará dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura a partir del séptimo mes contado desde la fecha de suscripción del presente acuerdo modificadorio.*
- En los primeros tres (3) meses siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificadorio se realizará el pago dentro de los treinta (30) días calendario siguientes fecha de radicación de cada una de las facturas correspondientes.*
- Las facturas correspondientes a los meses cuarto, quinto y sexto siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificadorio, se pagarán dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura respectiva (...)” La negrilla no es del texto)*

Lo anterior se resume en el siguiente cuadro:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	PLAZO (en días)
<i>Fecha de Acuerdo No. 1- Febrero 17 de 2007</i>	<i>Mayo 18 de 2007</i>	<i>30</i>
<i>Mayo 19 de 2007</i>	<i>Agosto 20 de 2007</i>	<i>45</i>
<i>Agosto 21 de 2007</i>	<i>Finalización Contrato</i>	<i>60</i>

En el siguiente cuadro se muestra el resumen de las facturas sujetas del cálculo por cada uno los plazos:

PLAZO EN DÍAS	CANTIDAD DE FACTURAS	TOTAL FACTURAS
----------------------	-----------------------------	-----------------------

30	89	(*) \$ 19.753.314.310
45	8	\$ 1.251.294.472
60	423	\$46.748.178.786
TOTAL	520	\$ 67.752.787.566

(*) Este monto incluye el descuento del anticipo por valor de \$1.167.477.846

El monto de los intereses moratorios, en este escenario alcanza un valor de \$309.734.972. En el cuadro siguiente se muestran los valores por cada rango de días de plazo:

Número de días	Valores
30	69.883.510
45	4.521.139
60	235.330.323
Total intereses de mora	309.734.972

Para una mejor comprensión, el detalle de los cálculos efectuados se presenta en el Anexo No. 1 del CD.

2-Escenario 2: Tomando el total facturado sin descontar anticipo

En este escenario se considera lo establecido en la cláusula 6 del acuerdo No. 1 de febrero 17 de 2007, que indica lo siguiente:

“(…)

I. Pagos periódicos.

En relación con los Servicios de Contact Center prestados en cada mes se causará un pago periódico que comienza con la Aceptación de cada una de las Líneas de Servicio que componen el Servicio de Contact Center, la cuál (sic) ya se surtió y termina en la Fecha Efectiva de Terminación.

El pago se efectuará dentro de (os sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura a partir del séptimo mes contado desde la fecha de suscripción del presente acuerdo modificadorio

- En los primeros tres (3) meses siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificadorio se realizará el pago dentro de los treinta (30)

días calendario siguientes a la fecha de radicación de cada una de las facturas correspondientes

- Las facturas correspondientes a los meses cuarto, quinto y sexto siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio, se pagarán dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura respectiva. (...) (La negrilla no es del texto)

Lo anterior se resume en el siguiente cuadro:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	PLAZO (en días)
Fecha de Acuerdo No. 1- Febrero 17 de 2007	Mayo 18 de 2007	30
Mayo 19 de 2007	Agosto 20 de 2007	45
Agosto 21 de 2007	Finalización Contrato	60

En el siguiente cuadro se muestra el resumen de las facturas sujetas del cálculo por cada uno de los plazos:

PLAZO EN DIAS	CANTIDAD DE FACTURAS	TOTAL FACTURAS
30	89	\$ 20.920.792.154
45	8	\$ 1.251.294.472
60	423	\$ 46.748.178.786
TOTAL	520	\$ 68.920.265.412

El monto de los intereses moratorios, en este escenario alcanza un valor de \$313.887.564. En el cuadro siguiente se muestran los valores por cada rango de días de plazo:

Número de días	Valores
30	74.036.102
40	4.521.139
60	235.330.323
Total intereses de mora	313.887,564

Para una mejor comprensión, el detalle de los cálculos efectuados se presenta en el Anexo No. 2 del CD.”

El dictamen, en este acápite, no fue objetado por las partes, ni se solicitó aclaración.

La parte convocante manifestó en sus alegatos de conclusión sobre este aspecto que de la simple lectura de los documentos presentados se desprende no solo la mora en el pago de las facturas por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, sino que el incumplimiento fue reiterado, produjo la queja reiterada de OUTSOURCING y motivó la firma de un otrosí al contrato en el que se daba un plazo adicional a Colombia Telecomunicaciones para el pago de las facturas, sin renuncia alguna a los derechos que sobre los intereses de mora se habían causado con anterioridad, no obstante lo cual no produjo el pago a tiempo o dentro del plazo por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES que perjudicaba su flujo de caja y su operación de manera grave.

Agrega que no obra documento o soporte alguno en el que se pueda concluir que la demandante renunció a la aplicación de las estipulaciones contractuales que precisamente establecen el pago de intereses por mora.

Por su parte la parte convocada, en sus alegatos de conclusión, expresó que quedó demostrado que OUTSOURCING jamás reclamó el cobro de intereses moratorios; que su representante legal confesó que no los había cobrado; que así lo ratificaron los testigos John Fernando Santafé Correa y María Isabel Vega; que la demandante toleró que algunas facturas fueran pagadas de manera retrasada, creándose la confianza de que no había el incumplimiento que ahora se demanda.

Agrega que la única actuación de la convocante fue llevar un registro interno extracontable de los intereses y que el perito estableció que en sus registros contables no aparece esa deuda.

Dice que la demandante imputó los pagos realizados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a capital, debiendo haberlo hecho a intereses, razón por la cual tales intereses se presumen pagados de conformidad con el artículo 1653 del Código Civil.

De lo expuesto, el Tribunal considera:

1. Resulta claro y demostrado plenamente en el expediente que las partes en el contrato de prestación integral del servicio de Contact Center No. 71.1-0148.05, pactaron la aplicación de intereses moratorios por los eventuales pagos extemporáneos que se presentaran por parte de la convocada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.

2. Se estableció inicialmente que el plazo para el pago de las facturas debidamente presentadas por la convocante OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A. sería de treinta (30) días, a partir del cual se causarían intereses moratorios, que serían liquidados a la máxima tasa de mora permitida por la ley colombiana.

3. Durante el desarrollo del contrato, las partes por medio del Acuerdo No. 1 del 17 de febrero de 2007, modificaron la cláusula 10 del mismo, entre otros aspectos, en relación con los plazos para la cancelación de los servicios de la convocante, así:

- “El pago se efectuará dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura a partir del séptimo mes contado desde la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio.
- En los primeros tres (3) meses siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio se realizará el pago dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de radicación de cada una de las facturas correspondientes.
- Las facturas correspondientes a los meses cuarto, quinto y sexto siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo modificatorio, se pagarán dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura respectiva...”.

4. Las partes no expresaron ninguna discrepancia sobre la existencia de estas disposiciones dentro de los acuerdos comerciales que suscribieron, ni sobre su recta interpretación. Y además la convocada reconoció que hubo pagos extemporáneos aunque argumenta que no había mérito para reclamar el pago de los intereses que habían pactado, como se verá más adelante.

5. La apoderada de la convocante expresó que el incumplimiento de la convocada “produjo la queja reiterada de mi representada, razón por la cual las partes suscribieron otrosí al contrato en el que se daba un plazo adicional a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES para el pago de las facturas, sin renuncia alguna a los derechos que sobre los intereses de mora se habían causado con anterioridad”. A su turno, el apoderado de la convocada reprodujo el testimonio de la señora María Isabel Vega en la que expresó que “no existió durante la vigencia del contrato ningún comunicado por escrito donde el proveedor nos estuviera reclamando intereses moratorios o en donde estuviera en desacuerdo con alguna facturación que se haya entregado”. Lo evidente es que la reclamación o el silencio en relación con una obligación no afecta para nada su vigencia, salvo que se invocara prescripción, que no es el caso.

6. El perito llamado a rendir dictamen en desarrollo de la prueba solicitada y ordenada por el Tribunal sobre algunos hechos expuestos por la convocante procedió a calcular el monto de los intereses moratorios. Este dictamen, en relación con la liquidación de los intereses, no fue objetado por las partes ni tuvo solicitud de aclaración.

7. En el dictamen el perito expuso igualmente que la convocada había cancelado a la convocante un anticipo, razón por la cual hizo el ejercicio de estimación de los intereses moratorios teniendo y no teniendo en cuenta ese pago. Sobre este punto volverá el Tribunal más adelante.

8. Estimó la convocada que la convocante nunca incluyó la supuesta deuda de los intereses moratorios dentro de la contabilidad y de allí coligió que esa era prueba de la inexistencia de la obligación, o, si se quiere, de la

condonación de la deuda. Esta alusión marginal a la contabilidad no proviene de una prueba de exhibición de los libros contables, que no la hubo, sino a una observación sobre un balance del año 2013. Para la Corte Constitucional la contabilidad tiene el carácter de plena prueba cuando, entre otros requisitos, “el conflicto jurídico surgido entre los comerciantes debe poder resolverse acudiendo a los libros de comercio”⁵, como cuando el deudor ha reconocido en su contabilidad una obligación que ha negado en un proceso judicial; es una prueba en su contra. Pero si el acreedor no incluye un crédito dentro de su contabilidad, ello no permite concluir que ha condonado la obligación al deudor, y menos cuando no se hizo específicamente análisis sobre la contabilidad de las partes, y la alusión solo hace referencia en un balance en un año y no a todos los asientos contables.

9. Invoca la convocada que el Código Civil trae en el artículo 1653 una disposición, conforme a la cual si en las “cartas de pago del capital” el acreedor no menciona los intereses, “se presumen éstos pagados”. No trae una disposición similar el Código de Comercio⁶ y habría que establecer una similitud de las cartas de pago con los recibos a satisfacción que no fueron objeto de presentación ni de análisis. El acreedor no dio “carta de pago del capital”, actividad expresa necesaria para que opere en la normativa civil la presunción de pago de los intereses. De otro lado, la ausencia de una manifestación expresa de condonación de intereses unida a la manifestación de la sociedad convocante en el sentido de reclamar insistentemente en el cumplimiento de las fechas de pago, hacen colegir que para las dos partes era una obligación pendiente de cancelación, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de una cifra significativa. La propia convocada reconoce que la convocante “llevaba un registro de los intereses moratorios”, que no lo llevaría si hubiese tenido la intención de condonarlos.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-062/08.

⁶ El Código de Comercio, en su artículo 2º, establece que “en las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”. La regla anterior es la que determina que “los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial” o por interpretación analógica. A su turno, el primer inciso del artículo 822 del mismo Código determina que “los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

10. Resulta claro que si se pacta una sanción de intereses moratorios para los pagos extemporáneos de las obligaciones, y al propio tiempo se amortiza una parte proporcional del anticipo recibido, que estaba previsto en el contrato, lo procedente es que la mora únicamente se cause sobre la suma no recibida como se había pactado en las cláusulas correspondientes. No tiene sentido aplicar una sanción por mora a una suma que fue entregada en forma anticipada. Por esta razón el Tribunal estima que el monto de la deuda por parte de la convocada en relación con los intereses moratorios es el que corresponde al cálculo realizado por la sociedad perito en su dictamen, esto es la suma de \$309.734.972.

E. EL DESBORDE O DESVÍO DE LLAMADAS

Demanda OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A. del Tribunal la declaratoria de incumplimiento del Contrato celebrado y de las estipulaciones contenidas en los otrosíes y anexos convenidos. Lo hace especialmente en relación con el Acuerdo No. 1 al Contrato No. 71.1-0148.05 (*Información General del Acuerdo*) del 17 de febrero de 2007, a través del cual se modificaron varias cláusulas existentes del Contrato inicial, tales como el Parágrafo Primero de la Cláusula 2ª (Alcance), relativo a la “*Desactivación de Servicios de Contact Center*” y el Parágrafo Segundo relacionado con el “*Desborde de Servicios de Contact Center*”. Todo lo anterior por cuanto imputa a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP haber realizado el “*desborde*” o “*desvío de llamadas*”, sin que la demandante estuviese en situación de incumplimiento en cuanto se hubiesen dado las situaciones previstas contractualmente para que la demandada, hubiera podido llevar a cabo tal “*desviación de llamadas*” en los períodos de diciembre de 2009 y enero de 2010, meses previos a la terminación del Contrato.

Pretende OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A., en consecuencia, que se condene a la Convocada al pago de mil ciento setenta y cuatro millones trescientos cincuenta y tres mil quinientos veintidós pesos (\$1.174.353.522,00 M/CTE) y/o la suma mayor o menor que aparezca probada en el proceso, por concepto del “*desvío de llamadas*” por fuera de

las previsiones contractuales durante los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010, a título de perjuicios que, alega, consisten en las sumas dejadas de facturar por ella, todo de conformidad con las consideraciones contenidas en la narración de hechos de la demanda.

Finalmente, pide la condena contra COLOMBIA TELECOMUNICACIONES al pago de la indexación o actualización con referencia la IPC del valor que se condene por el incumplimiento en materia de “*Desborde*” o “*Desvío de llamadas*”, hasta la fecha en la que se profiera el Laudo.

Por su parte, la Convocada, además de oponerse a las anteriores pretensiones, sostuvo en su contestación a la demanda que fue OUTSOURCING quien desatendió los compromisos de niveles servicio adquiridos contractualmente y, al amparo de la excepción de contrato no cumplido, justificó a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES cuando adoptó las medidas para reducir el impacto de dicho incumplimiento y se vio en la necesidad de llevar a cabo la “*desviación de llamadas*” que, a voces de su afirmación, “*solamente*” se produjo a partir de enero de 2010 y negándolo en forma reiterada para el mes de diciembre de 2009 y períodos anteriores.

Con fundamento en el Contrato, la Convocada sostuvo en el proceso que en el mes de diciembre de 2009: (i) no hubo desborde de llamadas a otro operador sencillamente porque para entonces no se contaba con él, (ii) las variaciones en la facturación por el flujo de llamadas en ese período se debieron a que OUTSOURCING no contaba con la nómina suficiente de teleoperadores para atender ese volumen, y que si bien en el mes de enero de 2010 hubo “*desborde*” o “*desvío de llamadas*”, ello obedeció precisamente a que OUTSOURCING no cumplió con los niveles de servicio pactados.

Con todo, sin referencia específica a tal o cual mes, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES destacó en su defensa que a OUTSOURCING le competía contractualmente y bajo su responsabilidad exclusiva, contar con el personal e infraestructura necesarios para el cumplimiento de la operación hasta la terminación del Contrato, sin que el hecho de que corriera el período de “*empalme*” contemplado para la terminación del mismo fuera excusa,

según su afirmación, para una “baja” en los indicadores de servicio producto de una “falta” o caída en la cantidad de personal por deserción. Finalmente, agregó que en virtud del Contrato, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES no estaba obligada a garantizar a OUTSOURCING un “*volumen mínimo de servicios de Contact Center*”, ni existía en general una cláusula de “exclusividad” que amparara a ésta última, para la atención de los servicios contratados.

a. El problema jurídico planteado.

Dentro del marco de la controversia arriba planteado y con miras a su resolución el Tribunal debe abordar un conjunto de tópicos que se sintetizan en determinar si COLOMBIA TELECOMUNICACIONES ejerció ajustada al contrato la facultad contractual de llevar a cabo el “*Desborde*” o “*Desvío de Llamadas*” en los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010.

Para absolver el problema jurídico planteado el Tribunal entra a estudiar, de una parte, la estipulación contractual en cabeza de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de llevar a cabo un “*Desborde*” o “*Desvío de Llamadas*” y, de otra, el “desborde” o “desviación de llamadas” atribuido por OUTSOURCING a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en diciembre de 2009 y enero de 2010.

b. La estipulación contractual en cabeza de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de llevar a cabo un “Desborde” o “Desvío de Llamadas”.

El Parágrafo Primero de la Cláusula 2ª (Alcance) relativo a la “*Desactivación de Servicios de Contact Center*” y el Parágrafo Segundo relacionado con el “*Desborde de Servicios de Contact Center*” del Contrato, según modificación que consta en el Acuerdo No. 1 del 17 de febrero de 2007, establecen lo siguiente:

1ª.- “CLAUSULA 2: ALCANCE:”.- La **CLAUSULA 2: ALCANCE** quedará así:

“Para la prestación del Servicio de Contact Center, el CONTRATISTA deberá montar, implementar y operar el Contact Center. El CONTRATISTA se obliga a satisfacer la meta señalada para cada uno de los Indicadores de Servicio establecidos en el presente Contrato, de manera que el Servicio de Contact Center sea efectivamente prestado a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP.

“(…)

“Las partes acuerdan que durante el tiempo de vigencia del contrato se pueden incluir nuevos indicadores de atención, ventas, soporte técnico y operaciones entre otros, acordados por escrito por las partes y que las metas, de los existentes o nuevos podrán ser cambiadas previo acuerdo por escrito por las partes.

“Sin perjuicio de las facultades que en este Contrato se conceden a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP para exigir al CONTRATISTA el cumplimiento de ciertas obligaciones de medio, tendientes a obtener como resultado la efectiva prestación del Servicio de Contact Center, el CONTRATISTA acepta que sus obligaciones en relación con el Servicio de Contact Center, son de resultado, en cuanto al cumplimiento de la meta establecida para cada uno de los Indicadores de Servicio; por ende, el CONTRATISTA no podrá eximirse de ese cumplimiento, a menos que se presente un evento de Fuerza Mayor o un incumplimiento de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

“El incumplimiento de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP susceptible de eximir al CONTRATISTA del cumplimiento de las metas en los Indicadores de Servicio, será aquel que obstaculice la adecuada ejecución de las labores del CONTRATISTA en el Contact Center (bloqueo al acceso de los sistemas de información de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, por ejemplo), por lo cual, en ningún caso se considerará incumplimiento de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP el incremento en volúmenes de llamadas por promociones o campañas, siempre y cuando Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP suministre al CONTRATISTA con una

antelación de por lo menos tres (3) días calendario una proyección de los volúmenes esperados.

“Para el cumplimiento de sus obligaciones, el CONTRATISTA se obliga a emplear los procedimientos técnicos, administrativos y de gestión que se imponen al nivel de diligencia de un experto en Servicios de Contact Center, de acuerdo con el Apéndice A, por lo cual será responsable de sus actos, los de sus empleados o dependientes ante Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

[...]

“PARÁGRAFO PRIMERO: Desactivación de Servicios de Contact Center: Los Servicios de Contact Center que están en el alcance original del presente Contrato, los Servicios Eventuales y los SAAS podrán ser objeto de una orden de desactivación por parte de **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP**, lo cual implica que el CONTRATISTA no prestará el servicio objeto de la orden de desactivación a partir de la fecha prevista para la desactivación ni causará ningún pago a cargo de **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP** por concepto del respectivo Servicio de Contact Center, Servicio Eventual o SAAS a partir de la fecha que quede desactivado y, **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP** estará en libertad de contratar el mismo servicio desactivado con un tercero, sin ninguna consecuencia patrimonial para **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP**. Una orden de desactivación del respectivo Servicio (Línea o segmento) de manera total o parcial, procede en los siguientes eventos:

“(i) Cuando el Nivel de Servicio aplicable a un Servicio de Contact Center, SAAS o Servicio Eventual tenga una desviación negativa mensual de más del cinco por ciento (5%), por causas no imputables a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

“(ii) A opción de **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP**, comunicando al CONTRATISTA con tres (3) meses de anticipación a la fecha prevista para la desactivación de la Línea o Segmento.

“El contratista a su vez podrá solicitar a **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP**, la desactivación del respectivo Servicio (Línea o segmento) de manera total o parcial comunicando su intención con tres (3) meses de anticipación a la fecha prevista para la desactivación.

“Un servicio desactivado podrá nuevamente requerirse al CONTRATISTA y éste estará obligado a dar respuesta en dos (2) días si lo acepta o no, de aceptarlo **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP** deberá notificar al **CONTRATISTA** su requerimiento con una antelación no inferior a quince (15) días calendario y la fecha de inicio y demás condiciones del servicio se acordará entre las partes.

“PARÁGRAFO SEGUNDO: Desborde de Servicios de Contact Center: Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP tendrá autonomía para desbordar hasta el diez por ciento (10%) del tráfico por segmento de cada Línea calculado sobre el mes anterior a la fecha de desborde, a cualquier proveedor de Contact Center cuando el CONTRATISTA este cumpliendo los indicadores de Niveles de Servicio.

“En los eventos en que el CONTRATISTA incumpla el Nivel de Servicio Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP podrá desbordar el tráfico sin ninguna limitación.”

Observa el Tribunal que en el Contrato, y especialmente en el mencionado otrosí, aparece reflejada la clara intención de las partes de asegurar un esquema con estándares de calidad que aseguren a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES un adecuado nivel de comunicación y de respuesta a las llamadas y peticiones que le formule su clientela a través del Centro de Contacto (Contact Center) que encargó a OUTSOURCING.

Dichos niveles de productividad, exigibles al proveedor de servicios, constituyen obligaciones de resultado, en la medida en que no bastan los mejores esfuerzos tendientes a alcanzar una determinada meta, sino que éste es el objeto mismo de la obligación. Lo anterior es así al punto que, de

no alcanzarla, se expone a sanciones, que es lo que ocurre precisamente en el Contrato objeto de este proceso cuando se prevé que *“el CONTRATISTA acepta que sus obligaciones en relación con el Servicio de Contact Center, son de resultado, en cuanto al cumplimiento de la meta establecida para cada uno de los Indicadores de Servicio; por ende, el CONTRATISTA no podrá eximirse de ese cumplimiento, a menos que se presente un evento de Fuerza Mayor o un incumplimiento de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP”*.

No obstante lo anterior, es del caso resaltar que también son frecuentes otras obligaciones que son de “medios”, como aquellas relativas a promociones y ventas, donde la conclusión o el éxito de éstas no se garantiza.

En el contexto antes expresado se encuentra la estipulación según la cual se remuneran las horas efectivamente atendidas por los tele-operadores. Igualmente se prevé que cuando hay ligeras desviaciones de las metas fijadas por causas no atribuibles al beneficiario del servicio o cuando así este último lo quiera – pero preavisando con tres (3) meses de anticipación –, los servicios del Contact Center o una línea suya podrán ser desactivados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Guardando equilibrio, la misma facultad de desactivación por decisión unilateral se estipuló a favor del contratista OUTSOURCING.

Paralelamente, y como sería lo propio cuando se trata de asegurar un contacto efectivo dentro de parámetros de calidad con los clientes, se acordó por las partes el mecanismo de *“Desborde de Servicios de Contact Center”* comprensivo de la facultad de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de “desviar” llamadas hasta por el diez por ciento (10%) del tráfico por segmento de cada línea, calculado sobre el mes anterior a cualquier otro proveedor, derecho que se podía ejercer *“sin ninguna limitación”*, cuando OUTSOURCING incumpliera los indicadores de Niveles de Servicio.

Y, como idea central de un negocio orientado a resultados, se previó por las partes y el Tribunal lo ve perfectamente legítimo que, *“para la prestación del Servicio de Contact Center, el CONTRATISTA deberá montar, implementar y*

operar el Contact Center. El CONTRATISTA se obliga a satisfacer la meta señalada para cada uno de los Indicadores de Servicio establecidos en el presente Contrato, de manera que el Servicio de Contact Center sea efectivamente prestado a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP."

Cerrando el esquema en materia de recursos humanos en el contrato se previó en el Acuerdo No. 1 (*Información General del Acuerdo*) lo siguiente:

"7a.- "CLAUSULA 18: GESTIÓN HUMANA.-" La CLAUSULA 18: GESTIÓN HUMANA quedará así:

"CLAUSULA 18: GESTIÓN HUMANA.- El CONTRATISTA debe suministrar el personal necesario e idóneo para apoyar el Servicio de Contact Center de acuerdo con las necesidades del mismo y de esta manera cumplir con las metas e indicadores definidos por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP. Para este fin, el CONTRATISTA: a) Dispondrá de un proceso de selección que le permita el reclutamiento y selección ágil de acuerdo con las necesidades del servicio [...]"

De otra parte,, se contempla en el literal e) del punto 2.3 de la cláusula décima del Contrato que no habrá "[...] ningún compromiso por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP relativo a cantidades mínimas o a requerimientos de prestaciones básicos, de tal suerte que el CONTRATISTA entiende y acepta que el valor del Contrato está sujeto a las cantidades de servicios efectivamente prestados por lo cual el riesgo de menor o mayor cantidad de servicios está totalmente asignado al CONTRATISTA y cubierto mediante las variaciones a los precios unitarios que se reflejan en las tablas de precios anteriormente establecidas".

En conclusión, el Contrato prevé básicamente obligaciones de resultado en cabeza del contratista OUTSOURCING en punto a las metas de atención al cliente que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES está legítimamente interesada en asegurar, de las que sólo puede eximirse el proveedor del servicio en casos de responsabilidad exclusiva de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES o en los eventos de fuerza mayor estipulados en

el Contrato. De no mediar tales causales de exoneración OUTSOURCING está expuesto a penalidades y/o a la desactivación del servicio total o parcialmente y/o al “desborde” o “desvío de llamadas”, sin que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES deba responder patrimonialmente por ello.

c. El “desborde” o “desviación de llamadas” atribuido por OUTSOURCING a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en diciembre de 2009 y enero de 2010.

Como se ha dicho atrás, en la demanda se imputa a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP haber realizado el “desborde” o “desvío de llamadas” hacia otro operador, sin que OUTSOURCING estuviese incurso en alguna de las situaciones de caída en los niveles de atención y servicio previstos contractualmente como hipótesis en los aquella estaba facultada para llevar a cabo tal “desviación de llamadas” en los períodos de diciembre de 2009 y enero de 2010.

La Convocante refuerza su planteamiento argumentando que si bien pudo presentarse una baja facturación producto de una disminución en los índices de atención y servicio, éstas obedecieron a: (i) el “desvío de llamadas” que atribuye a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, como causa y no como efecto; (ii) una alta deserción de su recurso humano hacia el nuevo operador del Centro de Contacto (Contact Center) de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y (iii), en todo caso, en el período de “empalme” que se presenta en los meses próximos a la terminación del Contrato, OUTSOURCING; invoca el amparo de la cláusula que dispone que dicho empalme se llevará a cabo “sin interrupción, traumatismo ni disminución de los Indicadores de Servicio que estén en aplicación, salvo aquellos que por la ejecución de la migración sean imposibles de aplicar o atribuir con absoluta certeza al CONTRATISTA” (Cláusula 6ª del Contrato).

Siendo así, este Tribunal encuentra que efectivamente en el mes de enero de 2010 se presentó un “desborde de llamadas” que sólo puede imputarse a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Para ello el Tribunal recuerda la

declaración de parte del representante legal de la Convocada en la cual reconoce lo siguiente:

PREGUNTA 10: *“[...] quisiera aclarar que en diciembre/09 no hubo ninguna desviación de llamadas por parte de la Compañía y en enero/10 se hizo una desviación de llamadas teniendo en consideración que no se estaba cumpliendo por Outsourcing con los niveles y los indicadores de servicio.”*

(Cuaderno de Pruebas No. 5, fl. 000090)

Ello es corroborado por el testigo HUGO CASTELLANOS, funcionario de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES cuando expresó: *“[...] en diciembre no se desbordó tráfico, se desvió en enero”*. (La subraya es del Tribunal)

Así mismo, el Apoderado de la Demandada en varios apartes del expediente lo reafirma, tanto en la contestación a la demanda como en los alegatos.

No queda duda para el Tribunal, entonces, que hubo desviación de llamadas por decisión de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en enero de 2010. Pero cabe preguntar si también la hubo en diciembre de 2009, como lo asevera la convocante. Frente a este interrogante, la Convocada lo niega rotundamente en la contestación a la demanda y en el interrogatorio de parte. Por el contrario, se insiste en que sí la hubo, en la declaración de parte del representante legal de OUTSOURCING, en estos términos:

“La facturación lo dice todo, si nosotros observamos la facturación que venía dándose en los últimos meses y de un momento a otro descende completamente, se reducen completamente los ingresos es fácilmente y yo creo que comprobable que se desviaron las llamadas al otro proveedor y más repito en un mes como diciembre donde el tráfico aumenta históricamente en un país como éste en donde las promociones de larga distancia e internet para la época eran del orden del día, o sea era algo que era obvio que un mes de diciembre el tráfico se viera aumentado.”

Lo mismo se dice en el testimonio del Sr. John Santafé, gerente financiero de OUTSOURCING quien señalaba a su turno que:

“En la realidad no fue así porque digamos nosotros en la empresa empezamos y lo pude evidenciar también por la facturación que nosotros generábamos desde el área, que la cantidad de servicios prestados se empezó a reducir desde diciembre, o sea 60 días antes de la fecha estimada, lo que generó que se hizo de una manera desordenada, tengo que decir ahí también que con motivo de esa finalización fuimos citados por una funcionaria de Telefónica para acordar un cronograma de desborde o de finalización para reducir las cantidades y en esa reunión ella no estaba informada que ya nos habían dado una carta de finalización diciendo que había un mes, que el último mes del contrato nos iban a suspender las responsabilidades a nivel de servicio.”

Las afirmaciones vehementes de la demandante sobre el “desvío de llamadas” del mes de diciembre de 2009, ofrecen aspectos conclusivos en el interrogatorio de parte del representante legal de OUTSOURCING, cuando relacionó la reducción en la facturación con el desvío de llamadas así:

“[...] las llamadas empezaron a ser desviadas unilateralmente por Coltel, ese desvío de llamadas que se inició en firme en diciembre/09 y se acentuó en enero/10 para nosotros fue altamente lesivo porque el contrato debió terminar el 31 de enero, no debió haber sido interrumpido, no debimos tener ningún traumatismo y el contrato principal lo dice, que en la terminación eventual por parte de Coltel no habrá ni traumatismos, ni interrupciones y para nosotros fue un traumatismo y hubo interrupción, ellos tenían la tecnología para desviar las llamadas a cualquier proveedor, porque ellos son los que gestionan, los que controlan las telecomunicaciones y enrutan las llamadas, lo único que tenían que tenían que hacer ellos a 31 de enero era enrutar las llamadas al otro proveedor, eso era lo que tenían que hacer en su momento, pero no lo tenían que hacer antes porque ya habían firmado con nosotros hasta el 31 de enero/10.

“Y qué pasó durante esos dos meses, sobretodo que eran los últimos? Nuestro personal que habíamos nosotros capacitado durante años, que habíamos seleccionado, que habíamos entrenad (sic) empezó a migrar

motivado por Coltel al nuevo proveedor, por qué si nosotros teníamos un contrato hasta el 31 de enero, por qué no se respetó eso, aceptamos la terminación anticipada porque estaban facultados para ello, pero por qué nos desvían las llamadas y el tráfico, será que el otro proveedor no estaba listo y necesitaban nuestro personal, yo creo que eso fue lo que ocurrió, cogieron nuestros recursos y fueron movilizados al otro, esa fue una lesión muy grande para la compañía y la verdad fue muy difícil de recuperarnos, duramos dos años en una situación muy complicada porque la empresa dependía entre un 70 y un 80% de sus ingresos de este contrato que supuestamente iba hasta el 13 de junio/10 [...].”

Al ser requerido por el Tribunal, el representante legal de OUTSOURCING no precisó concretamente los nombres de los empleados suyos que pasaron al nuevo Contact Center o si éste último entró en operación en diciembre de 2009 y a cuánto ascendió su facturación –si la hubo- apoyado en personal atraído desde la propia organización de la Convocante. Además, en el interrogatorio de parte, la hipótesis de que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES intervino en la deserción de personal hacia el nuevo operador quedó más en el plano de las conjeturas del representante legal de OUTSOURCING, que en el terreno de datos o pruebas concretas con las que soportara sus afirmaciones.

Así mismo, la tesis de que en el mes de diciembre de 2009 se desviaron llamadas a otro operador carece de asidero probatorio. En efecto, incluso en lo que corresponde a la declaración de parte, el Tribunal nota que el representante legal de OUTSOURCING responde (a la pregunta 9) que a diciembre de 2009 la Convocante era el único call center que prestaba sus servicios en el segmento de soporte técnico, razón por la cual para el Tribunal no queda claro el argumento según el cual podría existir otro call center de este tipo al cual se le desviarán llamadas.

Emerge entonces la inquietud de si COLOMBIA TELECOMUNICACIONES atendió directamente llamadas en diciembre de 2009 y a este respecto se encuentra el Tribunal con el testimonio del Sr. Hugo Castellanos (Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 000064 vuelto quien a la pregunta de si Telefónica

antes de Enero/10 atendía abiertamente esas llamadas y dijo que “*Telefónica nunca ha atendido directamente el tráfico, normalmente lo hace con terceros, es un servicio tercerizado desde que se originó lo que es el montaje de los call center.*”

De otra parte, en las aclaraciones del peritaje, el experto puntualiza que para hacer los cálculos sobre desborde, “*no verificó ni comprobó que técnicamente se hubiese dado el desvío de llamadas, dado que esta es una labor y área de conocimiento que no es la experticia del perito contable.*”

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal no encuentra acreditado el desvío o desborde de llamadas en el mes de diciembre de 2009, razón por la cual no pasará al examen de los alegados perjuicios correspondientes a ese mes con base sólo en la baja en el nivel de facturación sin una comprobación del tráfico real de llamadas en el respectivo período, la evidencia del egreso pagado a otro operador por la prestación de servicios de contact center por aquél entonces, la prueba de la infraestructura de la Convocada en cuanto a medios tecnológicos y humanos en esos meses, la deserción de personal provocada por la convocada con hechos concretos acreditados, debido a que de ese modo no se satisface el requisito de la responsabilidad civil de la verificación daño mismo y de su nexo causal.

En cambio, dado que el desvío de llamadas si se acreditó para el mes de enero de 2010, el Tribunal entrará en su examen.

d. El “desborde” o “desviación de llamadas” atribuido por OUTSOURCING a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en enero de 2010 en los términos del contrato

Para enero de 2010 aparece acreditado con varias pruebas, tales como correos electrónicos de la época (Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 000430 y ss.), algunos de los testimonios y las declaraciones de parte rendidas, que OUTSOURCING presentaba una caída en los niveles de servicio, que ésta atribuyó a una alta deserción de su personal de tele-operadores.

En la declaración de la representante legal de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, se afirmó que “*Hubo disminuciones en la facturación y las disminuciones en la facturación, sí es cierto que hubo disminuciones en facturación atribuibles para nuestro modo de ver y analizar*

lo que fue la ejecución contractual a la falta de capacidad y de disposición de personal para atención del servicio”.

En ese mismo sentido, el señor Hugo Castellanos, funcionario de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, expuso en su declaración que: *“El problema es que ese tráfico igual permanece en Outsourcing y el incumplimiento siguió dándose ahora impactando a estos clientes, de hecho en diciembre ya los venía impactando, no obstante en enero el impacto siguió y en enero para citar cifras el 12 de enero el nivel de servicio del 4%, el 15 de enero 6%, el 18 de enero 65%, digamos que esa situación ya no la pudimos manejar e incluso teniendo el desborde que se había montado desde enero y tuvimos que aguantar por decirlo de alguna manera la situación que teníamos, digamos que hasta ahí es parte de lo que tengo de conocimiento y del tema del desborde, son inquietudes adicionales.”*

De igual manera aparece un correo electrónico del Sr. Castellanos en el que en uno de sus apartes indica que: *“[...] El tema de indicadores es ya una situación insostenible y la afectación es más que evidente en nuestros clientes. Rubén no hemos recibido el plan de trabajo que se tiene para mitigar urgentemente este inconveniente. De otra parte y por los indicadores la capacidad real que se tiene según el dimensionamiento es para atender No más del 15% del tráfico y por ello los indicadores que tenemos. Reitero mi solicitud que desde hace ya dos semanas hemos manifestado, que plan de trabajo o acciones se tienen previstas para dar solución a este problema que definitivamente nos está impactando gravemente.”* (Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 000431).

Ahora bien, dado que el Contrato dispone en el parágrafo segundo de la cláusula segunda (alcance) que *“en los eventos en que el CONTRATISTA incumpla el Nivel de Servicio Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP podrá desbordar el tráfico sin ninguna limitación”* la desviación de llamadas que dispuso esta última en enero de 2010 es necesario preguntarse si la actuación de la convocada a este respecto está ajustada a las previsiones contractuales.

Revisado el material probatorio no encontró el Tribunal prueba alguna que acreditara que tales indicadores hubieran caído por virtud de una fuerza mayor en los términos del Contrato, o que fueran atribuibles a la convocada o a un tercero.

La caída que se presenta en los últimos días de diciembre de 2009 en la planta de personal de OUTSOURCING, de no mediar una fuerza mayor, era una responsabilidad que a la luz de la Cláusula 18, sobre Gestión Humana correspondía a la demandante como contratista en el que recaían obligaciones de resultado, así: *“El CONTRATISTA debe suministrar el personal necesario e idóneo para apoyar el Servicio de Contact Center de acuerdo con las necesidades del mismo y de esta manera cumplir con las metas e indicadores definidos por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.”* Otro hubiese sido el escenario de haberse por el contrario acreditado la participación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES o de alguno de sus funcionarios en concreto en la “masiva” salida de personal de OUTSOURCING en diciembre de 2009.

Se argumentó así mismo que en el período de “empalme” COLOMBIA TELECOMUNICACIONES debía garantizar una operación sin traumatismos ni interrupciones. Sin embargo, la lectura que hace el Tribunal de la cláusula tiene otro sentido y muy preciso, cual es que en el período de empalme OUTSOURCING estaba comprometido a llevar a cabo un plan de empalme para migrar la operación del Servicio de Contact Center a un tercero, lo que debería ejecutar *“sin interrupción, traumatismo ni disminución de los Indicadores de Servicio que estén en aplicación, salvo aquellos que por la ejecución de la migración sean imposibles de aplicar o atribuir con absoluta certeza al CONTRATISTA”* (Cláusula 6ª del Contrato). Es decir, el impedir interrupciones y traumatismos era una obligación a cargo de OUTSOURCING, no de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

Así las cosas, en enero de 2010 se acreditó una disminución en la facturación de OUTSOURCING, si se quiere debido al desvío de llamadas a otro operador, pero no se evidenció el abuso de la facultad de desborde por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, ni la causal contractual de

“fuerza mayor” que hubiera operado para exonerar a OUTSOURCING por la baja en los indicadores de servicio en ese período.

Para el Tribunal es claro en modo general para el período de enero de 2010 –y aún para diciembre de 2009- que una baja en la facturación por desborde de llamadas, debía evidenciarse, como el propio representante legal de OUTSOURCING lo pone de presente en su interrogatorio al responder la pregunta 6, con la facturación por llamadas a otros operadores facturadas y pagadas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, entre otros medios probatorios. Empero, ellos no aparecieron en el proceso ni se observaron en la exhibición de documentos ordenada.

Por lo tanto, el Tribunal despachará desfavorablemente estas pretensiones de la Convocante, en lo que se refiere al “desborde” o “desvío de llamadas” para los períodos de diciembre de 2009 y enero de 2010.

F. BONIFICACIÓN SOPORTE

Y, por último, la Convocante formuló la pretensión de condena al pago a su favor y a cargo de la Convocada, *“del valor de las Bonificaciones pactadas, convenidas contractualmente, causadas pero no pagadas por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP”*, la cual estimó en *“la suma de doscientos quince millones doscientos sesenta y tres mil doscientos tres pesos (\$215.263.203,00 M/CTE)”* admitiendo su liquidación en el proceso en una *“suma mayor o menor”* según lo *“que aparezca probado”*.

Complementó la Convocante su petición, solicitándole al Tribunal se ordene pagar a la Convocada, la *“indexación o actualización con el IPC del valor que se condene por el incumplimiento en materia de la Bonificación”*, hasta la fecha en la que se profiera el Laudo Arbitral.

No obstante su oposición general a las pretensiones principales formuladas por la actora en su demanda arbitral, tanto declarativas como de condena, por estimar que carecen de “fundamento fáctico, legal y/o contractual”, la Convocada a través de su Apoderado Judicial en los alegatos de conclusión,

acoge de modo parcial lo pretendido en lo que se refiere a las *bonificaciones*, en cuanto y en tanto afirma que su poderdante, “*ha reconocido la suma de \$119.386.109,76 por este concepto*”.

A su turno, la Convocante alega en lo que a dicho reconocimiento de la Convocada se refiere, que ello a penas representa una parte de su valor, con el agravante de que pese a haber sido aceptado, no ha sido cancelado aún por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, lo que interpreta la primera como una muestra de su obrar arbitrario de la última para con sus contratistas.

OUTSOURCING plantea de otra parte, que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES tenía a su cargo definir y aplicar a su favor esta prestación con base en “*una tabla de bonificaciones por sobre cumplimiento de metas*”, lo que a su parecer configuraba una verdadera obligación de tipo contractual, que *a la postre* de alguna manera COLOMBIA TELECOMUNICACIONES eludió y, le sirvió según su señalamiento, como una excusa para el no pago, conducta ésta que pide rechazarse por quebrantar el principio de que nadie puede fundamentar derecho en su propio incumplimiento.

a. El problema jurídico planteado.

De acuerdo con los argumentos expuestos por las partes y cuyos planteamientos se reseñaron atrás, el Tribunal debe resolver varios planteamientos de orden jurídico a saber: ¿Existe la obligación contractual a cargo de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y a favor de OUTSOURCING de reconocer y pagar a favor de esta última, una prestación en dinero a título de “*bonificación*” por “*sobrecumplimiento de metas*”? En caso de que tal obligación exista, ¿cuáles son las bases para definir la extensión de su objeto? ¿A cuánto asciende su monto? ¿Desde cuándo es exigible? ¿Su determinación era ciertamente una obligación a cargo de una de las partes contratantes: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES? y, en el evento de una condena, ¿Hay lugar a la indexación o actualización monetaria con el IPC, del monto en que se llegare a determinar la bonificación y a cuánto asciende?

Para dar respuesta a tales cuestiones, el Tribunal entrará a considerar varios tópicos, a saber: (i) La estipulación contractual de la obligación de pago de una bonificación por sobrecumplimiento de metas a cargo de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES; (ii) La determinación del objeto de la Obligación de pagar una bonificación por sobrecumplimiento de metas y, (iii) El reconocimiento de la indexación o actualización monetaria con el IPC del monto de la bonificación.

b. De la estipulación contractual de la obligación de pago de una bonificación por sobrecumplimiento de metas a cargo de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

Como lo enseña la doctrina y así lo acoge el Tribunal, todo aquél que alega que otro está obligado a su favor, debe acreditarlo con la prueba de la existencia de su fuente, esto es, de un preciso hecho generador de tal obligación que se deduce en juicio y debe estar reconocido en la ley.

En el presente litigio, la fuente invocada es el negocio jurídico celebrado entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. como contratante de una parte y, de la otra, OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A. como contratista, por el cual se constituyó una relación jurídica mercantil en cuya virtud la última se obligó a prestar a favor de la primera, el “*Servicio de Contact Center*” [...] “*el cual incluye los Servicios Inbound, Outbound, Back Office y SAAS*”, pactándose en la cláusula 2 que para tal efecto, OUTSOURCING debía “*montar, implementar y operar el Contact Center*” de manera independiente.

El acuerdo de voluntades entre las mencionadas partes se probó con la entrega junto con la demanda arbitral para su incorporación al expediente, del Contrato No. 71.1-0148.05 suscrito el 13 de junio de 2005 y modificado por las partes mediante los Acuerdos No. 1 del 17 de febrero de 2007, No. 2 del 18 de mayo de 2007, el cual incluye un Anexo Técnico que también se identifica como Acuerdo No. 2 (Cuad. de Pruebas No. 3, fls. 000001 y ss.), No. 3 del 30 de noviembre de 2007, otro más denominado Acuerdo No. 3 (sin

fecha), el No. 4 del 13 de septiembre de 2007 y el No. 5 del 30 de octubre de 2009.

Sin que se trate de un elemento esencial o de la sustancia, ni siquiera por pertenecerle a su naturaleza, o ser impuesto por la costumbre, en los contratos de *Call Center* o de *Contact Center*, es frecuente hallar parámetros con los que se cuantifica un nivel de servicio mínimo aceptable para la empresa contratante, al lado de premios, recompensas o bonificaciones que motiven al prestador de servicio al logro de la excelencia en sus actividades, tomando para su determinación factores tales como cumplimiento de metas, indicadores comparativos de desempeño (año a año por ejemplo), tiempos de entrega o de respuesta, cumplimiento de fechas límite, control de impacto con los clientes o usuarios, niveles de calidad en la atención, manejo de problemas, facilidad de acceso: número de “timbrazos” para atender una llamada, número de quejas recibidas, mejora en las ventas del contratante, políticas de personal, renovación de recursos tecnológicos, etc.

En efecto, en el presente caso, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A. suscribieron el ACUERDO NO. 2 DEL CONTRATO No. 71.1-0148.05 de fecha 18 de mayo de 2007, en cuyo numeral segundo, deciden modificar la cláusula 53 del contrato inicial, en los siguientes términos:

“2a.-CLÁUSULA 53.- REMUNERACIÓN LÍNEA DE SERVICIO INBOUND SOPORTE TÉCNICO: *Se adiciona al Contrato la siguiente cláusula:*

“CLÁUSULA 53.- REMUNERACIÓN LÍNEA DE SERVICIO INBOUND SOPORTE TÉCNICO: *Las Partes acuerdan que a partir de la fecha de suscripción del presente acuerdo, la remuneración del Servicio Inbound que tenga por objeto la atención de Soporte Técnico, se regirá, de conformidad con las condiciones descritas en el “ANEXO TÉCNICO) ACUERDO NO. 2 CONTRATO NO. 71.1-0148.05” y el ANEXO ECONÓMICO ACUERDO No. 2 CONTRATO NO. 71.1-0148.05, que forman parte integrante del presente Acuerdo.(...)”*

A su vez, en el **numeral 5 – ESQUEMA DE REMUNERACIÓN** del ANEXO TÉCNICO SERVICIO INBOUND DESTINADO A SOPORTE TÉCNICO” (CALL CENTER TÉCNICO) - ACUERDO NO. 2 AL CONTRATO 71.1-0148.05 sin fecha (Cuad. de Pruebas No. 3, fls. 000136 y ss.), se estipuló lo siguiente:

“(…) A partir del 1 de Julio de 2007, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP definirá y aplicará a favor del CONTRATISTA una tabla de bonificaciones por sobrecumplimiento de las metas.”

Debe precisarse dentro del marco contractual (“DEFINICIONES”), que el Servicio Inbound comprende *“la interacción de contactos entrantes de clientes y/o prospectos recibidos en el Contact Center a través de múltiples canales”*.

Esta definición traída del Contrato en análisis, corresponde a lo que en la ciencia de la Administración de Empresas se conoce como *in bound*, esto es, *“aquellos en los que el cliente se comunica con el contact center por llamada telefónica, sesión de chat o correo electrónico, son catalogados como servicios de atención al cliente y por lo común absuelven consultas de información general respecto a un producto o servicio. Desde un punto de vista funcional, el cliente realiza una llamada al contact center de la empresa, la que es atendida por un teleoperador, que, su vez, atiende los requerimientos solicitados”*.⁷

En una interpretación sistemática, esta bonificación se estipuló por las partes en el mencionado Anexo Técnico al Acuerdo No. 2 en su capítulo de “REMUNERACIÓN” como prestación complementaria tendiente a compensar el cumplimiento en exceso de las metas establecidas por OUTSOURCING, por la atención de llamadas entrantes de los clientes solicitando soporte técnico.

La forma de remuneración principal por la prestación de este servicio, que se pactó expresamente se determina por minuto hablado, según el perfil del

⁷ MORRIS Eddie y otros. Ob cit. Pág. 18

teleoperador y definido para cada servicio y al nivel de servicio contratado conforme a una fórmula: $R = (VM) \times (PM) \times FCNA \times FCNS \times FCSC$ cuyo significado aparece claramente señalado en dicho Anexo Técnico al Acuerdo No. 2 y que no está en conflicto. A diferencia de la anterior, la prestación complementaria por “*sobrecumplimiento de metas*” acá sí controvertida, se dejó definirla a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES con base en una “*tabla de bonificaciones por sobre cumplimiento de metas*”.

Con ese antecedente contractual, según lo refiere la demanda en el hecho 2.2.4.4. Juan Carlos Gelvez Rojas de la Gerencia de Asistencia Técnica a clientes – Jefe de Call Center Técnico de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, informó mediante correo electrónico del mes de septiembre de 2007 a Ricardo Durán Presidente de OUTSOURCING Servicios Informáticos S.A. lo siguiente:

“... Ricardo, Buenas tardes, la semana anterior le entregue (sic) oficialmente a Yojhan del área de compras las tablas que se deben aplicar como bonificaciones al actual contrato. Compras les oficializara (sic) dichas tablas de acuerdo a lo que dice el contrato “A partir del 1 de julio de 2007, Colombia Telecomunicaciones S.a ESP definirá y aplicará una tabla de bonificaciones sobre cumplimiento de las metas”

“Por lo tanto una vez ustedes sean notificados, se hará retroactivo dicho pago a partir de esa fecha”.

Por su parte COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, en la Contestación a la Demanda Arbitral, sin tachar de falso este documento ni controvertir su contenido, se atuvo a él. No obstante lo indicado en dicho correo electrónico, tales tablas no fueron aportadas al proceso.

Más tarde, aparece un correo electrónico de fecha 13 de Febrero de 2009 en el que el Sr. Rubén Darío León Muete, de OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A., se dirige al Sr. Hugo Castellanos Aparicio de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en el que se indica que:

“...De: Ruben Dario León Muete

Enviado el: Viernes, 13 de Febrero de 2009 12:46 p.m.

Para: `HUGO CASTELLANOS APARICIO

CC.: Joao Carlos Alonso Ramirez

Asunto: RV: PROPUESTA BONIFICACIONES SOPORTE

“Hola Hugo:

“A partir de esta propuesta construiremos un modelo que satisfaga las expectativas tanto de Telefónica Telecom como De Outsourcing S.A.

”Agradecemos la atención prestada y quedamos en espera de tus comentarios”.

A continuación aparece un correo electrónico de febrero 19 de 2010, dirigido por Reynaldo Vargas Navia- Gerente Soporte Técnico Operacional de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.E.S.P., a los señores John Santafé Correa y Rubén Darío León Muete, de OUTSOURCING Servicios Informáticos S.A., en el que se en el que reconoce el pago del valor de **\$109.181.955,47** de la siguiente manera:

“...From: "REYNALDO VARGAS NAVIA" <reynaldo.vargas@telefonica.com>

To: "John Santafe Correa" <jsantafe@outsourcing.com.co>, "Ruben Dario León Muete" <rdleon@outsourcing.com.co>

Cc: "HUGO CASTELLANOS APARICIO"

<hugo.castellanos@telefonica.com>

Date: Fri, 19 Feb 2010 14:46:10 -0500

Subject: RV: Pendientes Outsourcing.

“*Buenas tardes John y Rubén.*

“*A continuación me permito remitirles nuestra propuesta en lo que a multas y bonificaciones se refiere:*

“1. Bonificaciones:

“*Consideramos que se debe bonificar sólo en los meses en los cuales se cumplieron LOS DOS indicadores (niveles de atención y de servicio).*

“*Bajo este criterio, la bonificación sería por **\$109.181.955,47** (contra **\$215.263.203,10** que es lo que propone Outsourcing). Me permito adjuntar archivo con el ejercicio realizado con los niveles. (...)*”

“Quedo atento a comentarios.

“Atentamente,

“Reinaldo A. Vargas Navia Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P
Gerente Soporte Técnico Operacional”

En orden cronológico se encuentra como respuesta al mensaje electrónico anterior, otro de la misma fecha pero emitido a las 3:38 p.m. de Rubén Darío León Muete de OUTSOURCING a Hugo Castellanos Aparicio de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, el cual dice que:

“...De: Ruben Dario León Muete [mailto: rdleon@outsourcing.com.co]

Enviado el: Viernes, 19 de Febrero de 2010 3: 38 p.m.

Para: `REYNALDO VARGAS NAVIA`; John Santafe Correa

CC.: HUGO CASTELLANOS APARICIO

Asunto: RE: Pendientes Outsourcing

“Buenas Tardes

“De acuerdo con tus comentarios realizados, revisamos el archivo adjunto el cual presenta una diferencia en Septiembre de 2008 en el que se pasa el nivel de servicio y nivel de atención el cual aplicaría para bonificación. El modelo sugerido quedaría de la siguiente manera:

“NIVEL 1 84.105.464.48

“NIVEL 2 35.280.645.28

“TOTAL CCT 119.386.109.76

“Te adjuntamos el archivo con las correcciones pertinentes

“Quedo en espera de tus comentarios

“Cordialmente,

“Outsourcing S.A.

Rubén Darío León M

Gerente de Cuenta – Soporte Técnico Telefónica Telecom

rdleon@outsourcing.com.co”

Posteriormente, en comunicación de marzo 18 de 2010, dirigida al Señor Jaime Alberto Riveros- Gerente Asistencia Técnica Clientes Servicios Masivos-Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., suscrita por Ricardo Durán Lizarazo – Presidente de OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A., se indica lo siguiente sobre el tema de las bonificaciones:

“REF: Solicitud Bonificaciones línea de soporte

Apreciados señores,

Nuevamente nos dirigimos a ustedes solicitando el cumplimiento del pago de las bonificaciones convenidas en el contrato No. 71.1-0148.05 acuerdo No. 2 en la cláusula 5 “ESQUEMA DE REMUNERACIÓN”, la cual expresa textualmente lo siguiente: “A partir del 1 de Julio de 2007, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP definirá y aplicará a favor del CONTRATISTA una tabla de bonificaciones por sobrecumplimiento de las metas”.

Adicionalmente, adjuntamos los soportes relacionados con el tema en mención:

- 1. Correo electrónico enviado a nuestro representante Legal, el día 8 de abril de 2008, referencia al proceso de aplicación de bonificaciones a partir del 1 de julio de 2007.*
- 2. Propuesta de bonificaciones sugeridas por Outsourcing S.A. entregada a Telefónica Telecom el 13 de febrero de 2009.*
- 3. Cálculo y análisis de impacto del modelo sugerido a partir del 1 de julio de 2.007, el cual arroja los siguientes resultados:*

PLAN BONIFICACIONES CCT	
TOTAL NIVEL 1(STB)	\$ 96.819.904,06
TOTAL NIVEL 2 (Soporte ADSL y DTH)	\$ 118.443.299,04
TOTAL SOPORTE CCT	\$ 215.263.203,10

Agradecemos la atención prestada y quedamos en espera de sus indicaciones para realizar el proceso de facturación correspondiente.

Cordial saludo,

RICARDO DURAN LIZARAZO

Presidente”

Así las cosas, en las comunicaciones detalladas anteriormente, se presentan las siguientes propuestas sugeridas de las bonificaciones así:

Correo electrónico de Reinaldo Navia	\$109.181.955,47
Correo electrónico de Rubén Darío León	\$119.386.109,76
Comunicación de Ricardo Durán Lizarazo	\$215.263.203,10

Cabe mencionar, según lo resalta el Perito, que ninguno de los anteriores valores aparece en los estados financieros de OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A. a diciembre 31 de 2013.

c. De la determinación del objeto de la Obligación de pagar una bonificación por sobrecumplimiento de metas.

Ahora bien, toda obligación, como lo es la de pagar la *bonificación por sobre cumplimiento de metas en el servicio de soporte in bound*, debe tener un objeto cuyo contenido, alcance y extensión, debe ser posible, lícito y determinado. Los dos primeros requisitos los satisface el pacto de dicha obligación, pero el tercero, es decir su determinación no, debido a la falta de certeza en cuanto su cantidad o a lo sumo por adolecer de los datos que pudieran servir para precisarla (Art. 1518 C.Civ.), en la medida en que quedó supeditada a la definición y aplicación de una tabla por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP.

Sin necesidad de adentrarse el Tribunal en el estudio de la validez o invalidez de la cláusula en la que una de las partes faculta a la otra para fijar el monto o las reglas para determinar la retribución por un servicio o cosa prestada; de si hay o no objeto en la obligación de pagar una cantidad que no es cierta o no contiene claras reglas para determinarla, o si está viciada por consistir en una condición potestativa que dependería de la mera voluntad del que se obliga, que podría fijar una prestación irrisoria o ridícula o no convenirle hacerlo (Art. 1535 C. Civ.), lo que ha encontrado en el recuento de comunicaciones anteriormente relacionadas, es el señalamiento del precio

correspondiente a una *bonificación por sobre cumplimiento de metas en el servicio in bound de soporte*, producto de la culminación de un proceso de oferta y aceptación y por ende resultante del concurso de voluntades de ambas partes, en donde una de ellas señala el precio y la otra lo acepta y se conforma con él, así sea de modo parcial.

En este orden de ideas, habrá objeto de la obligación, en cuanto hay una cantidad específica que si bien partió de la propuesta formulada por una de las partes: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a la otra, en \$109.181.955,47 (Correo electrónico de Reinaldo Navia de fecha 19/02/2010 de las 02:46 p.m.), fue finalmente aceptada (por OUTSOURCING al corregir el modelo sugerido para el cálculo e indicar que quedaría en la suma de \$119.386.109,76 lo cual está corroborado en el testimonio del Sr. Hugo Castellanos cuando afirmó:

“ SR. CASTELLANOS: Sí, 2010, digamos que el tema no fue fácil de concertar, finalmente para enero/10 llegamos a un acuerdo, un preacuerdo sobre el cálculo y sobre el monto a considerar para lo que es la bonificación de la vigencia del contrato, en aquél entonces la respuesta formal de la aceptación nos la dio Rubén Darío León también creo que hay un correo que soporta la respuesta y el acuerdo al que se llegó y la verdad si cito la cifra por favor los pesos que falten no... fueron \$119 millones lo que dio la bonificación, la cual nosotros no desconocemos, de hecho ya era parte del preacuerdo que se había logrado con ellos, estoy hablando de enero, febrero/10 sobre esas fechas fue, desafortunadamente se cruzó con el cierre del contrato y no se pudo finiquitar el tema de la bonificación y por ello quedó como parte del proceso actual que se cursa.”

Para el Tribunal, por su parte, hay una aceptación, en los alegatos de la Convocante, cuando se afirma que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES reconoció, así haya sido en parte, el valor de la bonificación.

Por lo tanto, el Tribunal condenará a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES TOTAL a pagar a favor de OUTSOURCING, la cantidad de \$119.386.109,76

por concepto de bonificación del servicio in bound por sobre cumplimiento de metas en soporte técnico.

d. Del reconocimiento de la indexación o actualización monetaria con el IPC del monto de la bonificación.

En virtud del principio de reparación integral el Tribunal encuentra procedente el reconocimiento de la suma de la condena hasta la fecha del laudo derivado de la desvalorización monetaria que es un hecho notorio.

El valor de la actualización o indexación de la cifra de \$119. 386.109,76 se calcula aplicando la siguiente fórmula:

$$V_{act} = \text{Monto} \times \frac{\text{IPC}_{final} - 1}{\text{IPC}_{inicial}}$$

Donde;

V_{ac} = Valor indexado
 IPC_{final} = Índice de precios al consumidor a la fecha final de la indexación
 $IPC_{inicial}$ = Índice de precios al consumidor a la fecha inicial de la indexación

A continuación se realiza la actualización tomando como fecha inicial el 20 de febrero de 2010 y fecha final el 8 de septiembre de 2015:

$$\frac{\text{Índice de precios al consumidor- total nacional, septiembre 2015}}{\text{Índice de precios al consumidor- total nacional , febrero 2010}} - 1 =$$

$$\frac{122,90}{103,550} - 1 = 1.18686625 - 1 = \mathbf{0,18686625} \text{ (COEFICIENTE DE ACTUALIZACIÓN)}$$

$$\text{Donde: } \$119.386.109,76 \times 0,18686625 = \mathbf{\$22.309.234,63}$$

Se tiene entonces que el valor de ajuste de indexación o de actualización entre el 20 de febrero de 2010 al 8 de septiembre de 2015 es de **\$22.309.234,63.**

Luego, el valor actualizado al 8 de septiembre de 2015 es de **\$141.695.344,39 (\$119.386.109,76 + \$22.309.234,63)**

F. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE DEMANDADA

Las consideraciones expuestas conducen a tener por no probadas las excepciones denominadas “Cumplimiento del contrato por parte de Telefónica”, “Incumplimiento del contrato por parte de Outsourcing”, “*Venire contra factum proprium non valet*” y “Compensación” propuestas por la demandada y a aceptar parcialmente la denominada “Cumplimiento del contrato por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.”. En efecto, quedaron establecidos en esta providencia los incumplimientos imputados por OUTSOURCING respecto de algunas obligaciones y si bien no han de prosperar las restantes pretensiones, ello obedeció a que no se daban los supuestos de hecho invocados, esto es, a que no se había presentado el hecho constitutivo de responsabilidad contractual, más no a que existía cumplimiento de la demandada en los precisos aspectos reclamados.

No apareció acreditado el incumplimiento que se imputa a OUTSOURCING y que habría facultado a la demandada para abstenerse de cumplir con las obligaciones a su cargo.

No se dan los supuestos para aplicar el principio “*Venire contra factum proprium non valet*” ya que no se acreditó la existencia de un acto previo de tolerancia de la demandante contrario a uno posterior – distinto de la formulación misma de la demanda, que no lo constituye –.

Finalmente, tampoco se acreditó la existencia de una suma de dinero exigible que OUTSOURCING adeude a la demandada que pudiera ser compensada contra las obligaciones que ésta reclamó en este proceso.

C. COSTAS Y JURAMENTO ESTIMATORIO

Como surge de lo expuesto, la demanda prosperará solo parcialmente. Adicionalmente el Tribunal encuentra que la actuación de las partes y de sus apoderados se ciñó a los principios de transparencia y lealtad procesal, no

existió temeridad ni mala fe y cada uno de ellos defendió su posición con argumentos serios sin acudir a posiciones procesalmente cuestionables. Por lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal se abstendrá de condenar en costas.

Los excedentes no utilizados de la partida de gastos, si los hubiera, serán reembolsados por el Presidente del Tribunal a las partes en igual proporción.

De otro lado el Tribunal encuentra que los conceptos de la demanda que prosperaron se ajustaron al juramento estimatorio sin que se hubiera presentado el exceso sancionado por la ley. Las demás pretensiones no prosperaron por no haber quedado establecidos los hechos en que se fundaban o por falta de demostración de los perjuicios y por ello no es del caso imponer sanción alguna por el juramento estimatorio prestado por la demandante. Finalmente, como se señaló el Tribunal no observa temeridad, mala fe ni dolo en la estimación de las pretensiones.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal Arbitral convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A., como convocante y demandante, y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A., como convocada y demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Desestimar las excepciones de mérito formuladas por la parte demandada.

Segundo. Declarar que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP incumplió parcialmente el Contrato de Prestación de Servicios No. 71.1 – 0148.05, en los términos expuestos en la parte resolutive.

Tercero. Declarar que por el incumplimiento parcial de sus obligaciones COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP es responsable civil y contractualmente de los perjuicios causados a OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A. que fueron acreditados en el proceso.

Cuarto. Condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a reconocer y pagar a favor de OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del Laudo, las siguientes sumas de dinero:

3.1. Trescientos nueve millones setecientos treinta y cuatro mil novecientos setenta y dos pesos (\$309.734.972) moneda corriente, por concepto de intereses moratorios causados por el no pago oportuno de las facturas.

3.2. Ciento cuarenta y un millones seiscientos noventa y cinco mil trescientos cuarenta y cuatro pesos con treinta y nueve centavos (\$141.695.344,39) moneda corriente, por concepto de las bonificaciones pactadas contractualmente, suma que incluye la actualización o indexación del capital debido hasta la fecha del laudo.

Las sumas antes mencionadas causarán intereses moratorios a la máxima tasa legal desde el vencimiento del plazo indicado

Quinto. Negar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto. Abstenerse de condenar en costas.

Séptimo. Disponer que por Secretaria se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes con las constancias de ley.

Octavo. Disponer que por el Presidente del Tribunal se proceda a elaborar y presentar a las partes la cuenta final de gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.

Noveno. Disponer que por Secretaria se remita el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Notifíquese.

GERARDO LÓPEZ LONDOÑO

Presidente

LUIS FERNANDO LÓPEZ ROCA

Árbitro

ALBERTO GÓMEZ MEJÍA

Árbitro

ROBERTO AGUILAR DÍAZ

Secretario