

ÍNDICE

| Temas | Pág |
|-----------------------------------------------------------------|------------|
| CAPITULO I ANTECEDENTES | 5 |
| Solicitud de convocatoria e integración del tribunal | 5 |
| Cláusula Compromisoria | 6 |
| Nombramiento de los árbitros | 6 |
| Instalación del tribunal, notificación y traslado de la demanda | 6 |
| Demanda de Reconvención | 7 |
| Audiencia de Conciliación | 7 |
| Fijación de Gastos y Honorarios | 7 |
| Primera Audiencia de Trámite | 7 |
| Término del proceso | 7 |
| Suspensiones del proceso | 8 |
| CAPITULO II LA DEMANDA | 9 |
| Pretensiones | 9 |
| Hechos | 12 |
| CAPITULO III CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA | 28 |
| A las pretensiones | 28 |
| A los hechos | 42 |
| CAPITULO IV DEMANDA DE RECONVENCIÓN | 42 |
| Pretensiones | 43 |
| Hechos | 43 |
| CAPITULO V CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN | 46 |
| CAPITULO VI EL ACERVO PROBATORIO | 46 |
| Pruebas documentales | 46 |
| Testimonios | 46 |
| Interrogatorios de parte | 47 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Oficios | 47 |
| Exhibición de documentos | 47 |
| Inspección Judicial | 47 |
| Peritación | 47 |
| | |
| CAPITULO VII ALEGATOS DE CONCLUSIÓN | 48 |
| | |
| CAPITULO VIII CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL | 48 |
| | |
| CAPÍTULO IX CONTRATO EFICACIA – INTEGRAR | 49 |
| Invitación a ofertar y aceptación de la Oferta | 49 |
| Objeto de la oferta | 49 |
| Alcance del objeto | 50 |
| Precio | 50 |
| Plazo | 51 |
| Otras cláusulas | 51 |
| Anexos | 51 |
| Organización del proyecto | 51 |
| El equipo del proyecto | 51 |
| Equipos de trabajo | 53 |
| Naturaleza del contrato | 54 |
| | |
| CAPITULO X OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO | 56 |
| | |
| CAPITULO XI LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO | 60 |
| Estructura obligacional de la oferta | 77 |
| Análisis responsabilidades Eficacia | 175 |
| | |
| CAPITULO XII LA ACCIÓN DE PERJUICIOS | 180 |
| Los elementos o requisitos de la responsabilidad contractual | 183 |
| | |
| CAPITULO XIII LOS PERJUICIOS POR SOBRECOSTOS | 185 |
| | |
| CAPITULO XIV PERJUICIO POR MAYOR ENDEUDAMIENTO POR FALLAS DEL SISTEMA INTEGRADO | 189 |
| Dictamen del perito | 189 |
| Las salidas en vivo | 190 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Rotación de cartera | 192 |
| CAPÍTULO XV PERJUICIO POR PERDIDA DE CLIENTES | 193 |
| Dictamen pericial | 193 |
| Prueba de la pérdida de clientes | 194 |
| CAPITULO XVI LAS ACCIONES EJERCIDAS EN LAS PRETENSIONES CUARTA, QUINTA Y SEXTA DE LA DEMANDA PRINCIPAL | 196 |
| CAPÍTULO XVII CLAUSULA PENAL | 198 |
| CAPITULO XVIII ANALISIS DE LAS EXCEPCIONES DE MERITO PROPUESTAS POR ASSENDA S.A. | 202 |
| Nulidad, invalidez e inexistencia de la cláusula arbitral y falta de competencia del tribunal | 202 |
| Compensación | 211 |
| Inepta demanda por estar dirigida contra persona distinta a la obligada a responder | 212 |
| Excepción de contrato no cumplido | 215 |
| Carencia de derecho y carencia de acción | 216 |
| Carencia de causa | 218 |
| Falta de relación de causalidad entre el perjuicio alegado y quien lo causó | 219 |
| Inexistencia del perjuicio alegado | 220 |
| Indebida representación de la parte convocante | 220 |
| CAPITULO XIX LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN | 221 |
| CAPITULO XX ANALISIS DE LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS O DE FONDO PROPUESTAS POR EFICACIA S.A. A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN | 226 |
| Falta de legitimación en la causa por pasiva | 226 |
| Ausencia de prueba del pretendido incumplimiento de Eficacia | 227 |
| Ausencia de buena fe contractual de parte de Assenda | 230 |
| CAPITULO XXI OBJECIONES A LOS DICTAMENES PERICIALES | 231 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------|------------|
| Dictamen financiero | 231 |
| Dictamen técnico | 233 |
| CAPITULO XXII TACHA DE TESTIGOS | 239 |
| CAPITULO XXIII ACTUALIZACIÓN MONETARIA DE LAS CONDENAS | 241 |
| CAPITULO XXIV EXAMEN FINAL DE PROCEDIBILIDAD | 245 |
| CAPITULO XXV RECURSOS CONTRA EL LAUDO | 247 |
| CAPITULO XXVI COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL Y AGENCIAS EN DERECHO | 248 |
| CAPITULO XXVII PARTE RESOLUTIVA | 248 |

CÁMARA DE COMERCIO DE CALI

Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

EFICACIA S.A.

Vs.

ASSENDA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veintidós (22) de junio de dos mil diez (2.010)

Agotado el cumplimiento de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el arbitramento institucional, la Ley 23 de 1.991 y los Decretos 2.279 de 1.989, 2.651 de 1.991 y 1.818 de 1.998, el Tribunal de Arbitramento procede a resolver sobre la controversia suscitada entre las partes y sometida a su decisión.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

SOLICITUD DE CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

EFICACIA S.A. a través de apoderado, presentó el 13 de febrero de 2009 demanda arbitral con citación y audiencia de ASSENDA S.A., con el fin de obtener por vía jurídica una serie de declaraciones y consecuentemente condena en virtud de lo cual se requiere un pronunciamiento positivo.

EFICACIA S.A. solicito la convocatoria de un Tribunal de arbitramento con fundamento en la siguiente

CLÁUSULA COMPROMISORIA

Se encuentra prevista en la cláusula 39.6 de la oferta mercantil, cuyo texto es el siguiente:

“... **39.6. Arbitramento.** Cualquier conflicto, desacuerdo o diferencia de criterio que pudiera surgir entre las Partes en relación con la interpretación, aplicación y ejecución de esta Oferta Mercantil, su aceptación o el Contrato que se perfeccione con ello, será discutido y resuelto en forma directa, amistosa y de buena fe entre las Partes. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito a la otra que dicho conflicto, desacuerdo o diferencia se resuelva de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje Comercial, ante un Tribunal de Arbitraje compuesto por tres (3) árbitros que serán designados entre la nómina de árbitros establecida por la Cámara de Comercio de Santiago de Cali o su equivalente. Dicho Tribunal fallará en Derecho. El Laudo Arbitral será definitivo e inapelable y podrá ser objeto de ejecución por vía jurisdiccional, de conformidad con las normas legales pertinentes. Los gastos generados en desarrollo del proceso arbitral serán asumidos por la parte vencida.”

NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS

Como árbitros fueron nombrados los doctores JOSE RICARDO CAICEDO PEÑA, RODRIGO PALAU ERAZO, y LUIS ALFONSO MORA.

INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL, NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE LA DEMANDA

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 25 de marzo de 2009.

En la misma audiencia se determinó fijar como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la Secretaría del mismo las dependencias del Centro de

Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali.

Igualmente se admitió la demanda y en la misma audiencia se notificó al representante legal de la convocada, quien se encontraba presente. Posteriormente el auto admisorio fue recurrido, pero el Tribunal lo denegó por extemporáneo.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El apoderado de la convocada presentó en su debida oportunidad demanda de reconvencción contra la parte convocante.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

Luego de surtidos por Secretaría todos los traslados de las excepciones propuestas, tanto en la contestación de la demanda principal, como en la de reconvencción, el Tribunal fijó fecha para Audiencia de Conciliación, la cual fue declarada fracasada.

FIJACIÓN DE GASTOS Y HONORARIOS

Al declararse fracasada la audiencia de conciliación, se fijaron los gastos y honorarios, los cuales fueron consignados oportunamente por las partes.

PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

Se llevó a cabo el 11 de agosto de 2009. En ella el Tribunal se declaró competente y consecuentemente decretó las pruebas solicitadas por los apoderados de las partes.

TÉRMINO DEL PROCESO

Al no señalar las partes el término del proceso, su duración conforme a lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1993 es de seis meses, a partir de la primera audiencia de trámite la cual tuvo lugar el 11 de agosto de 2009, término

que vencería el 11 de febrero de 2010, sin perjuicio de las prorrogas y suspensiones, según lo dispuesto en dicho artículo.

SUSPENSIONES DEL PROCESO

Auto No. 14, del 11 de agosto 2009, se suspendió el proceso desde el 20 de agosto al 10 de septiembre de 2009, inclusive. Acta No. 7.

Total días: 22.

Auto No. 24, del 2 de octubre de 2009, se suspendió el proceso desde el 3 de octubre al 12 de octubre de 2009, inclusive. Acta No. 15. Total días: 10.

Auto No. 29, del 20 de octubre de 2009, se suspendió el proceso desde el 21 de octubre de 2009 hasta el 23 de noviembre de 2009, inclusive. Acta No. 18. Total días: 34.

Auto No. 31, del 24 de noviembre de 2009, se suspendió el proceso desde el 25 de noviembre de 2009 hasta el 29 de noviembre de 2009, inclusive. Acta No. 19. Total días: 5 días.

Auto No. 33, del 3 de diciembre de 2009, se suspendió el proceso desde el 4 de diciembre de 2009 hasta el 12 de enero de 2010, inclusive. Acta No. 20. Total días: 40 días.

Auto No. 36, del 27 de enero de 2010, se suspendió el proceso desde el 28 de enero de 2010 hasta el 2 de febrero de 2010, inclusive. Acta No. 21. Total días: 6 días.

Auto No. 39, del 12 de febrero de 2010, se suspendió el proceso desde el 18 de febrero de 2010 hasta el 25 de febrero de 2010, inclusive. Acta No. 22. Total días: 8 días

Auto No. 43, del 26 de febrero de 2010, se suspendió el proceso desde el 27 de febrero de 2010 hasta el 8 de marzo de 2010, inclusive. Acta No. 23. Total días: 10 días

Auto No. 47, del 9 de marzo de 2010, se suspendió el proceso desde el 10 de marzo de 2010 hasta el 26 de abril de 2010, inclusive. Acta No. 24. Total días: 48 días

Auto No. 49, del 27 de abril de 2010, se suspendió el proceso desde el 28 de abril hasta el 21 de junio de 2010, inclusive. Acta No. 25. Total días: 55 días

Si el plazo de seis (6) meses, contados a partir del 11 de agosto de 2009, que vencería el 11 de febrero de 2010, se le adicionan los días de suspensión del proceso (238 días), el vencimiento del término del proceso es el 7 de octubre de 2010.

CAPÍTULO II

LA DEMANDA

En escrito presentado al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, el día 11 de febrero de 2009, la sociedad EFICACIA S.A. por conducto de apoderado, solicitó la integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias suscitadas con la sociedad ASSENDA S.A., con las siguientes:

“III. PRETENSIONES

En forma respetuosa solicito que, en el laudo que haya de proferirse, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Que se declare que Assenda S.A. ha incumplido varias de las obligaciones que asumió por virtud del contrato:

- a. Porque no siguió la metodología que se había comprometido a seguir para la ejecución del proyecto, en particular para la implantación de ADAM (Oferta Final, estipulaciones 9.1 iii y 10.14).
- b. Porque nunca dispuso de los recursos humanos en la cantidad, en la oportunidad y con la calidad requeridas para el cumplimiento cabal y

oportuno de sus compromisos contractuales, y porque permitió cambios en su equipo de trabajo que afectaron con mucha frecuencia el normal desarrollo del contrato (Oferta Final, estipulaciones 1.2 ii, v y vi, 10.13 y 22).

- c. Porque hay tareas a su cargo que no han sido ejecutadas y productos que no han sido entregados, o que no lo han sido a satisfacción de Eficacia (Oferta Final, estipulaciones 1.2 ii, iv y v, 7.1, 9.1 ii y iv, 9.2, 10.7, 10.15, 20).
- d. Porque ejecutó varias de las tareas a su cargo y entregó varios de los productos por fuera de los plazos convenidos en el contrato (Oferta Final, estipulaciones 1.2 ii, iv y v, 7.1, 9.1 ii y iv, 9.2, 10.7, 10.15 y 20).
- e. Porque varios de los productos que le ha entregado a Eficacia en desarrollo de sus compromisos contractuales han tenido fallas, han generado inconsistencias o, en todo caso, no han cumplido a cabalidad con la función que estaban llamados a cumplir (Oferta Final, estipulaciones 1.2 ii, iii, v y vi, 7.1, 9.1 ii y iv, 10.9, 10.15 y 20).
- f. Porque dimensionó de manera equivocada la capacidad de los equipos más importantes que se requerían para la operación de los procesos que fueron materia del contrato, lo cual contribuyó a generar cada vez mayores deficiencias en el desempeño de las aplicaciones (Oferta Final, estipulaciones 1.1 ii, 1.2 iv, 9.1 vii y viii, 4.2, 10.2 y 13).
- g. Porque ejecutó de manera inadecuada y por fuera de los plazos contractuales varias de sus tareas en materia de pruebas, mantenimiento y garantías respecto del sistema integrado y de sus componentes (Oferta Final, estipulaciones 1.2 ii, iii y vi, 9.1 vi, 10.9 y 14).
- h. Porque no obtuvo u obtuvo en forma insuficiente o tardía y, en todo caso, no le entregó a Eficacia la totalidad de las licencias necesarias para el funcionamiento del sistema integrado y que era su deber entregar de conformidad con el contrato (Oferta Final, estipulaciones 1.2 i, 7.1, 9.1 ii y iv, 10.15 y 19).

- i. Porque no ejecutó prácticamente ninguna de las tareas a su cargo respecto de la operación en Ecuador (Oferta Final, estipulaciones 1.2 ii, iv y v, 7.1, 9.1 ii y iv y 10.15).
- j. Porque, en todo caso, no entregó en la forma y tiempo debidos, y a satisfacción de Eficacia, el Sistema de Información Integrado para todas las empresas que conforman en grupo corporativo Eficacia, al que contractualmente se obligó.
- k. Porque no mantuvo vigentes todas las garantías a las cuales estaba obligada contractualmente (Oferta Final, estipulaciones 10.11 y 24).

SEGUNDA: Que se declare que dicho incumplimiento le ha causado a Eficacia muchos y muy graves perjuicios.

TERCERA: Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a Assenda S.A. a indemnizarle a Eficacia la totalidad de dichos perjuicios (Oferta Final, estipulación 25.2), en una cuantía aproximada de diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000,00) m/cte o la cuantía superior que resulte demostrada en el curso del proceso.

CUARTA: Que se declare que Eficacia tenía y tiene el derecho de hacer ella o de encargar a terceros –a expensas de Assenda S.A. – la realización de las tareas y la elaboración de los productos que Assenda S.A. dejó pendientes o no quiso o no pudo realizar o entregar de conformidad con los requerimientos contractuales, con el fin de procurar una operación eficiente y segura de todos los procesos que fueron materia del contrato y minimizar los riesgos y los efectos perjudiciales que se han venido dando como consecuencia del incumplimiento de Assenda S.A. (Oferta Final, estipulación 20.3).

QUINTA: Como consecuencia de la anterior declaración, que se condene a Assenda S.A. a reembolsarle a Eficacia el valor total de los costos que la realización de dichas tareas y la elaboración de dichos productos le hubieren significado, junto con un diez por ciento (10%) adicional, todo en los términos del contrato (Oferta Final, estipulación 20.3).

SEXTA: Que se intime a Assenda S.A. para que, dentro del plazo que se señale en el laudo, ejecute aquellos compromisos que para el momento de proferirse dicho laudo aún estuvieren pendientes de ser cumplidos y, en todo caso, pudieren contribuir a completar en debida forma el Sistema de Información Integrado y a la operación adecuada de los procesos que fueron materia del contrato, es decir, que no hubieren sido ya ejecutados por Eficacia o un nuevo contratista en la forma prevista en la pretensión segunda.

SÉPTIMA: Que, adicionalmente, se condene a Assenda S.A. a pagar a Eficacia el valor de la cláusula penal prevista en el contrato (Oferta Final, estipulación 32).

OCTAVA: Que, por cada día de retraso en la entrega de aquello que en el laudo se le ordene a Assenda S.A. entregar, se la condene al pago de intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal sobre el valor que en su momento tuvieren los bienes y los servicios materia de dicha entrega.

NOVENA: Que para que se mantenga el principio de la reparación integral y se observen rigurosamente los criterios técnicos actuariales a que se refiere el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, se ordene en la sentencia la actualización monetaria de todas las condenas que se impongan a Assenda S.A.

DÉCIMA: Que se condene a Assenda S.A. a pagar las costas y gastos del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho”.

Las anteriores pretensiones de la demanda se fundamentaron en los siguientes

HECHOS

Las pretensiones de esta demanda arbitral tienen fundamento en los siguientes antecedentes y hechos:

El negocio de Eficacia

1. Eficacia S.A. es una sociedad colombiana, con domicilio principal en la ciudad de Cali, cuyas actividades principales son la prestación de servicios integrales de *outsourcing* (para este caso en los campos de aseo y limpieza, selección

de personal, administración de personal, administración de productos promocionales, información de puntos de venta y mercadeo ventas) y de servicios temporales de provisión de personal (trabajadores en misión).

2. Esas actividades se han venido desarrollando por Eficacia S.A., junto con otras sociedades, específicamente las sociedades colombianas Extras S.A. y Estrategias y Mercados S.A. y las ecuatorianas Efisa y Saextras. En adelante me referiré a dicho conjunto de empresas simplemente como Eficacia.
3. La prestación de los aludidos servicios integrales de *outsourcing* y servicios temporales de provisión de personal demanda un elevado número de trabajadores, con los cuales Eficacia atiende los requerimientos de sus distintos clientes.
4. En efecto, Eficacia tiene hoy, para su operación comercial, una nómina de más de treinta mil empleados, lo que por supuesto le hace indispensable contar con unos sistemas informáticos ágiles, seguros y, sobre todo, confiables, que tengan la capacidad de atender –además de las gestiones administrativas, financieras y comerciales normales de cualquier empresa de ese tamaño-, la nómina, la liquidación de aportes a la seguridad social y demás trámites propios de los contratos de trabajo respecto de esos treinta mil empleados.
5. Además, toda esa muy peculiar gestión debe cumplirse en tiempos breves y con muy elevados niveles de precisión, como que de ella depende la calidad de los servicios que Eficacia presta y la consiguiente facturación que les hace a sus más de doscientos ochenta clientes.
6. Así pues, la administración de su propio personal es, sin duda, el corazón del negocio de Eficacia y la condición *sine qua non* de la facturación y el consiguiente cobro de los servicios que ella presta.

Las deficiencias que se evidenciaron y las necesidades que Eficacia buscó satisfacer con el proyecto

7. Para el año 2005 Eficacia no contaba con un sistema propiamente tal, montado sobre una plataforma parametrizable y flexible, estándar para todas sus aplicaciones, que le permitiera un manejo integrado de toda su

información, que le garantizara un rendimiento adecuado y que le suministrara información gerencial suficiente y oportuna para la gestión de sus actividades.

8. Por ende, en el mes de julio de ese año hizo pública una invitación para que le formularan ofertas dirigidas a permitirle la “adquisición, instalación y puesta en marcha de un Sistema de Información que integre la funcionalidad y los datos de manera natural de la Gestión laboral, Gerenciamiento de Clientes, Compras, Conocimiento y desarrollo del mercado, Gestión de comercialización, Seguimiento al servicio, Administración de talentos, Cumplimiento de requisiciones, Pago a personal, Facturación, Aportes Parafiscales, Gestión de recaudo, Seguimiento y control financiero, Gestión de talento humano, Presupuesto, Almacén e inventarios, cuentas por pagar, Activos fijos, Recaudo, Contabilidad, dentro de un Sistema Administrativo, Financiero y de Recursos Humanos Integrado para optimizar la gestión operativa y administrativa de sus empresas” (Invitación, página 4).
9. Dicho sistema de información estaba llamado, igualmente, a “Integrar los módulos de costeo ABC, Balanced Scorecard y Gestión de la Calidad” (*ibídem*).
10. Eficacia solicitó que las ofertas incluyeran “todos los elementos de referencia relacionados con el objeto de este proceso, tales como los “Requerimientos Técnicos: Hardware, Comunicaciones, Desarrollos, Capacitación, Licencias, Software Base, etc.”; los “Requerimientos de Personal: costos, Tiempos, Hojas de Vida, Cronogramas”; y la “Metodología a ser utilizada” (*ibídem*, página 4).
11. Solicitó, así mismo, que los oferentes remitieran con sus ofertas:
 - Información sobre el oferente mismo;
 - Información sobre el cumplimiento de los requerimientos técnicos y, en particular, sobre “las opciones óptimas de implantación de la infraestructura de Hardware y Comunicaciones, Sistema Operativo, Base de Datos y sistemas de soporte adicionales necesarios para el óptimo desempeño de la aplicación”;
 - Información sobre el grupo de trabajo que habría de encargarse de la ejecución del proyecto;
 - Una explicación detallada de la metodología de trabajo; y

- Una relación de clientes y una propuesta económica (*ibídem*, páginas 14 a 17).

La búsqueda de posibles proveedores

12. La invitación se les cursó a las empresas más representativas del mercado, es decir, a aquellas que estaban en condiciones de implantar sistemas informáticos capaces de agrupar todas las funcionalidades anotadas bajo un techo común.

La oferta de Integrar

13. El 12 de agosto de 2005 Integrar S.A., una empresa del Grupo Carvajal -hoy denominada Assenda S.A.-, le formuló a Eficacia una oferta mercantil relativa a la mencionada invitación (Oferta Inicial).

14. Como parte del proceso de selección definido por Eficacia, dicha oferta mercantil fue replanteada y formulada de nuevo el 9 de diciembre de ese mismo año (Oferta Preliminar).

15. En vista de que Integrar afirmaba –y, al parecer, también demostraba- cumplir con todos los requerimientos de la invitación, y de que se mostraba como una empresa con capacidad y experiencia muy suficientes para la ejecución del proyecto, Eficacia decidió avanzar con ella un proceso de negociación (Documento de Negociación).

16. Lo propio hizo con una más de las ofertas que le habían sido formuladas.

17. El proceso de negociación se refirió, en particular, a los siguientes aspectos:

- La metodología general que habría de seguirse para la ejecución del proyecto (estándares del *Project Management Institut* - PMI) y en la específica que habría de guiar la implantación (*Application Implementation Method* – AIM de Oracle).

- Los tiempos de apoyo de “consultoría postproducción”.
- Los requerimientos de las estaciones de trabajo.
- Las actualizaciones de versiones de *software* y los proyectos de migración.
- Distintos aspectos relativos a las licencias.
- La administración del sistema.
- Los períodos de aprobación de “entregables”.
- Distintos aspectos económicos de la oferta.
- El dimensionamiento de los principales equipos.
- La dirección y la gerencia del proyecto.
- Distintos aspectos relativos a los servicios de soporte.
- Distintos aspectos relativos a los servicios de capacitación.

18. Integrar le formuló su oferta final a Eficacia el 1º de febrero de 2006, en la cual describió, ya de manera completa, precisa y detallada –y según el formato que ambas partes convinieron–, el objeto y el alcance del proyecto que se comprometía a ejecutar (Oferta Final, páginas 1 a 6).

19. Allí quedaron consignados los términos del contrato que habrían de celebrar Integrar y Eficacia, en particular su objeto (cláusulas primera y segunda), su precio (cláusulas quinta y sexta), su plazo (cláusula séptima) y las obligaciones tanto de Integrar como de Eficacia (cláusulas novena y siguientes).

20. Entre otras cosas, pactaron las partes la participación de un interventor para que supervisara que una y otra cumplieran sus obligaciones en los términos por ellas convenidos (cláusula 26.3).

21. Y pactaron, asimismo, una cláusula penal para eventos de incumplimiento (cláusula trigésima segunda).

22. En las condiciones así estipuladas, Integrar y Eficacia dieron inicio a la ejecución del contrato.

La ejecución del contrato

23. El cronograma del proyecto determinaba que Integrar esperaba salir en producción en vivo para el mes de octubre del año 2006, y que, de no ser posible, se haría para el mes de enero del año 2007. Tanto la interventoría como Eficacia le manifestaron en diversas ocasiones a Integrar que se trataba de un cronograma optimista. Sin embargo, Integrar mantuvo su propósito inicial y, naturalmente, confió en poder cumplirlo.

24. Ocurrió que, desde el inicio mismo de la ejecución del contrato, Integrar empezó a incurrir en fallas de distinta índole, según se verá en detalle más adelante, las cuales fueron generando retrasos acumulados en el cumplimiento de las tareas y la entrega de productos a su cargo.

25. Así, por ejemplo, el denominado entregable número 1 del proyecto relativo a los flujos del proceso de facturación, no fue cumplido en tiempo, lo cual afectó en forma negativa el pago relacionado con este entregable y las actividades de integración de los demás módulos relacionados con este frente.

26. Según se verá también, estas dificultades fueron permanentes y más graves en el caso del denominado frente ADAM, en el que no valieron las promesas de Integrar ni las reprogramaciones de sus trabajos para alcanzar el ritmo de trabajo ofrecido y requerido para la buena marcha del proyecto en su conjunto.

27. Circunstancias como las anotadas hicieron necesario replantear la fecha para la salida en vivo, esta vez para el mes de febrero de 2007, la cual Integrar muy pronto solicitó que se desplazara al mes de marzo siguiente.

28. Llegado el mes de febrero de 2007, los nuevos atrasos de Integrar determinaron una nueva modificación de la fecha para la salida en vivo,

quedando esta vez para el mes de abril. Y llegado el mes de marzo dicha fecha pasó a ser el mes de mayo.

29. En vista de que este panorama nunca cambió, la interventoría le recomendó a Eficacia revisar la posibilidad de iniciar acciones legales por incumplimiento contractual.
30. Entre los meses de junio y julio la fecha para la salida en vivo quedó señalada para el mes de septiembre siguiente, y muy rápidamente para el mes de octubre siguiente. Pero con ninguna de ellas pudo cumplir Integrar.
31. En el mes de agosto, y con unas herramientas aún en un estado muy preliminar de desarrollo, se da inicio a una fase de pruebas integrales reflejando que a la postre mostró un alto grado de inestabilidad de la plataforma.
32. El dos de octubre de 2007 se efectúa lo que habría luego de ser una falsa salida en vivo, y durante las dos semanas que siguieron Eficacia tuvo que soportar y tratar de sortear toda índole de problemas de tipo funcional y no funcional.
33. Así las cosas, se tomó la decisión de mantener una operación en paralelo con el sistema anterior hasta el mes de diciembre de 2007, tomando a manera de prueba las transacciones realizadas sobre el nuevo aplicativo.
34. En el mes de diciembre se propone salir nuevamente en vivo el día 2 de enero de 2008, lo cual es cuestionado por la interventoría en razón de la falta de oportunidad en la realización de ajustes de inconsistencias.
35. En enero de 2008 se dio una nueva reprogramación de la fecha para la salida en vivo, esta vez para el 4 de febrero.
36. El 4 de febrero se sale en vivo nuevamente, aún con muchas deficiencias y tareas no cumplidas por parte de Integrar.
37. Para finales del mes de marzo Eficacia ya había realizado tres cierres con los nuevos aplicativos, y pudo evidenciar serios inconvenientes con actividades

tales como el Cargue de Novedades, la Facturación, el Talento Humano, el Programa de Operaciones y la Autoliquidación.

38. El 19 de junio Eficacia le remitió una comunicación a Assenda, reclamándole por el reiterado incumplimiento de sus compromisos contractuales.

39. El 25 de Junio de 2008 Assenda dio respuesta a dicha comunicación, justificando no pocas de sus fallas y retrasos en pretendidas circunstancias imprevistas y ajenas a las partes, en solicitudes de personalización de Eficacia, en ajustes y modificaciones introducidos sobre la marcha, etcétera. Propuso, así mismo, un “plan de choque” para poder cumplir con las tareas a su cargo aún pendientes y solucionar así la controversia.

40. El 3 de julio Eficacia se refirió a los argumentos expuestos por Assenda para justificar sus incumplimientos, y expresó sus comentarios respecto del citado “plan de choque”.

41. El 9 de julio de Assenda le propuso a Eficacia llevar a cabo una reunión de planeación de cierre, de manera que las fechas y compromisos quedaran allí acordados.

42. No obstante lo anterior, Assenda jamás cumplió con el “plan de choque” que ella misma propuso.

Las dificultades concretas que surgieron en la ejecución del contrato por los incumplimientos de Integrar

Respecto de la metodología

43. En diversas oportunidades, tanto Eficacia como la interventoría llamaron la atención de Integrar por el hecho de que no se estaba observando la metodología que ella misma se había comprometido a seguir para la ejecución del proyecto.

44. Lo anterior fue particularmente claro, en tratándose de la implantación de ADAM.

45. Integrar tampoco tuvo la capacidad para seguir una metodología unificada en los distintos frentes de trabajo, lo cual trajo múltiples consecuencias negativas sobre la marcha del proyecto y la calidad de los productos y servicios contratados.

Respecto de los recursos humanos

46. Integrar nunca dispuso del equipo humano que se había comprometido a tener a disposición del proyecto.

47. Desde el inicio mismo de la ejecución contractual Eficacia y la interventoría le formularon a Integrar reiterados reproches y reclamos por la muy limitada disponibilidad de tiempo de los distintos consultores que ella iba trayendo para la realización de las distintas tareas a su cargo.

48. En efecto:

- No pocos de tales consultores entraron y salieron del proyecto, en veces luego de períodos de tiempo más bien cortos.
- Lo anterior ocurrió, incluso, con el gerente del proyecto y el director del proyecto, y casi de manera simultánea.
- El tiempo que tenían disponible varios de tales consultores resultaba claramente inferior al que le demandaban las tareas que les eran asignadas.
- A muchos de tales consultores les correspondía realizar, de manera simultánea, distintas tareas, todas ellas con demandas de tiempo superiores al que al parecer tenían reservado para este proyecto.
- Unos pocos consultores tenían que atender muchos frentes de trabajo, de manera que iban rotando por ellos en la medida en que el tiempo disponible se los iba permitiendo.
- Muchos de tales consultores estaban fuera de las oficinas de Eficacia en la

ciudad de Cali.

- Muchas de las actividades que constituían verdadera ruta crítica dentro del proyecto se quedaban durante largos períodos de tiempo sin el apoyo de ningún consultor.
- Varios de los consultores disfrutaron de períodos de descanso en medio de la ejecución de los trabajos, incluso en momentos en los que las tareas a su cargo mostraban importantes retrasos.

49. Esta situación condujo a múltiples dificultades –de tipo organizacional y técnico- en la ejecución contractual y, como se verá, afectó considerable y permanentemente el ritmo de trabajo que las partes habían previsto.

50. Adicionalmente, del nivel de conocimiento y de experiencia de la gran mayoría de los consultores resultó claramente insuficiente para el cabal cumplimiento de las obligaciones que asumió Integrar.

51. Cabe mencionar que:

- Los consultores no tenían conocimiento acerca de los temas de administración de personal, nóminas, etcétera –ni de los aplicativos utilizados para su manejo-, los cuales constituían, precisamente, el eje del negocio de Eficacia.
- Tampoco fueron capacitados adecuada y oportunamente.
- En ese sentido, los consultores fueron más bien aprendiendo sobre la marcha, situación que condujo a considerables pérdidas de tiempo, así como a una permanente improvisación en las actividades de desarrollo e implantación de la solución, que terminaron guiadas más bien por el camino de ensayo y error.

52. Por último, ocurre que el manejo administrativo de los subcontratos, por parte de Integrar, generó muchísimas dificultades durante la ejecución del contrato.

53. En este sentido vale la pena destacar que:

- Integrar no parece haber tenido herramientas contractuales adecuadas para poder exigirles a sus subcontratistas que cumplieran a cabalidad las tareas a su cargo, y, en particular, que suministraran el personal requerido para el proyecto de manera oportuna.
- Algunas de las empresas subcontratadas por Integrar pararon sus labores para el proyecto en razón de haber afrontado dificultades financieras.
- Integrar no tenía o no utilizó medios de presión ante lo que parecían ser claros incumplimientos de las empresas que subcontrató. Es más, parece que ni siquiera les exigió garantías para afianzar el cumplimiento de sus compromisos.
- Los consultores de las empresas subcontratadas por Integrar en no pocas ocasiones tenían una agenda propia, es decir, decidían autónomamente qué hacían y cómo, cuándo y dónde lo hacían, con absoluta independencia de lo que la buena marcha del proyecto demandaba.
- Los subcontratos de Integrar no coincidían –ni en su vigencia ni en su valor- con las actividades del proyecto, lo cual se hizo evidente luego de que los múltiples incumplimientos de Integrar la llevaron a terminar realizando tareas y tratando de desarrollar y entregar productos mucho más tarde de lo que había pactado con Eficacia.
- Lo anterior se dio, incluso, en casos en los cuales la falta de conocimiento o la negligencia de los propios consultores de una determinada empresa habían sido la causa eficiente de un retraso en el cronograma que luego Integrar le exigía a dicha empresa compensar o recuperar.
- Integrar tomaba mucho tiempo en darle vía libre a una determinada empresa subcontratada por ella misma para que acometiera ciertas tareas.

Respecto de la no ejecución de tareas y la no entrega de productos y la ejecución de tareas y la entrega de productos por fuera de los plazos convenidos en el contrato

54. Desde el inicio mismo de la ejecución del contrato, Integrar empezó a incurrir en fallas de distinta índole –administrativas y técnicas, principalmente- que fueron generando retrasos acumulados en el cumplimiento de las tareas y la entrega de productos a su cargo.
55. En este sentido resultaron nefastas la insuficiencia de recursos humanos, las fallas metodológicas y las muchas deficiencias que terminaban teniendo los productos entregados y los servicios ejecutados por Integrar.
56. De esta manera, rápidamente se fueron generando rezagos en el avance del proyecto, los cuales, finalmente, Integrar nunca pudo recuperar.
57. Y esos rezagos tuvieron un impacto muy importante en muchos frentes del proyecto, en particular cuando se presentaron en actividades de las cuales dependían necesariamente muchas otras, como era el caso de la entrega de ciertos equipos, la mayoría de las del frente ADAM, las de parametrización y desarrollo o las de integración.
58. Lo propio vale decir de la realización de las pruebas, tanto las unitarias como las integrales.
59. Por ende, el proyecto, que ha debido desarrollarse en su totalidad en un período de nueve (9) meses, terminó extendiéndose en el tiempo, a punto tal que aún no ha podido concluir, como pasa a verse a continuación.
60. No pocas de las tareas que Integrar se obligó a ejecutar, y no pocos de los productos que se obligó a entregar, simplemente no se ejecutaron o no se entregaron nunca.
61. Y otras tantas de esas tareas y otros tantos de esos productos fueron ejecutadas y entregados, respectivamente, muy por fuera de los plazos contractualmente previstos para tales efectos.
62. Adicionalmente, la salida en vivo tuvo que postergarse en varias oportunidades, con los consiguientes efectos negativos sobre la operación de Eficacia.

63. Y cuando finalmente se logró esa salida en vivo –en el mes de octubre de 2007-, sus resultados fueron tan desastrosos y sus efectos tanto más negativos, ya no solo al interior de Eficacia sino también respecto de varios de sus clientes, que Eficacia tuvo que dar marcha atrás y volver a sustentar buena parte de su operación administrativa y comercial con sus sistemas anteriores.
64. Finalmente, la ejecución tardía de muchas de las tareas y la entrega tardía de muchos de los productos por parte de Integrar, condujeron a unos cuellos de botella y a unas insalvables concentraciones de actividades que condujeron a su vez a nuevas pérdidas de tiempo.
65. Así, por ejemplo, los retrasos en ciertos desarrollos impidieron la realización oportuna de algunas de las pruebas y de ciertas capacitaciones, todas ellas condición necesaria para la entrada en operación de las distintas aplicaciones del nuevo sistema.
66. Igualmente, esos retrasos determinaron represamientos, que más tarde exigieron de los funcionarios de Eficacia unas disponibilidades de tiempo imposibles de cumplir, en particular para los procesos de parametrizaciones, pruebas, migraciones y capacitaciones.
67. Por ende, aún no ha sido posible que el proyecto llegue a su finalización y que por consiguiente se suscriba la correspondiente acta a la que se refiere la estipulación 6.3 de la Oferta Final.

Respecto de las fallas de los productos entregados

68. La ejecución de tareas y la entrega de productos por fuera de tiempo no fueron ciertamente los únicos problemas que afectaron el cronograma, que impidieron la salida en vivo y que generaron cuellos de botella.
69. Ocurrió, además, que los productos entregados por Integrar empezaron a mostrar una siempre creciente cantidad de fallas y a generar una también siempre creciente cantidad de inconsistencias, las cuales llevaron a caracterizar el sistema como altamente inestable.

70. Y ocurrió, así mismo, que Integrar no aplicó procesos de control de calidad de los productos que iba implantando –como era necesario desde un punto de vista metodológico-, como paso previo para su entrega a Eficacia.

71. Lo anterior pudo haber sido consecuencia de los limitados conocimientos y experiencia de los consultores, de la ausencia de una gestión más acertada de parte de Integrar respecto de sus subcontratistas, del recurso a la vía de ensayo y error al que Integrar acudió para tratar de avanzar en no pocas de las tareas a su cargo, de los considerables desfases de tiempo, de los problemas de dimensionamiento o de licenciamiento a los que se hará referencia más adelante, o, en fin, de la conjunción de todas las anteriores circunstancias.

72. Algunas de tales fallas terminaron siendo no solo recurrentes durante la ejecución del proyecto (como la falta de documentación técnica de los desarrollos, el licenciamiento con Oracle, el funcionamiento del Messenger y del Infocenter, el problema de concurrencia en gerenciamiento al cliente), sino que tuvieron un inexorable impacto negativo sobre muchas otras actividades, a punto tal que las detuvo por completo (como fue el caso de las pruebas integrales y las capacitaciones).

73. Ese panorama se fue haciendo tanto más crítico cuanto más avanzaba el proyecto. En efecto, en la medida en que se realizaban las pruebas integrales iban apareciendo cada vez más y más inconsistencias, no pocas de ellas de tipo absolutamente funcional. Y esta situación condujo a repetidos ciclos de entrega y devolución, con nuevos e importantes efectos sobre el cronograma.

74. Así, la interventoría llegó a poner de presente cómo un índice de defectos superior al 0,42 no permitía salir en vivo, puesto que las buenas prácticas recomendaban para tal efecto niveles inferiores al 0,3.

Respecto del dimensionamiento de la capacidad de los equipos y las deficiencias en el desempeño de las aplicaciones

75. Adicionalmente, Integrar se equivocó al dimensionar los equipos que habrían de soportar la operación administrativa y comercial de Eficacia con el nuevo sistema integral que fue materia del contrato.

76. Lo anterior, pese a que Integrar, desde antes de formular su oferta, conoció y evaluó todas las necesidades tecnológicas y las particularidades de la operación de Eficacia, específicamente de cara al diseño del nuevo Sistema de Información Integrado que implantaría en todas sus empresas.

77. Así, cuando ya el proceso de implantación estaba avanzado, se hicieron evidentes el bajo rendimiento de la máquina y la forma como dicha circunstancia afectaba el ritmo general de los trabajos, la realización de las pruebas integrales, los procesos de migración y, naturalmente, la salida en vivo.

Respecto del licenciamiento

78. Y hay más. Integrar incurrió en múltiples equivocaciones a la hora de determinar el alcance del licenciamiento de los principales aplicativos del nuevo sistema.

79. Además, de haber sido advertida por Eficacia y por la interventoría sobre varias de las dificultades que se presentaron con el licenciamiento, se demoró muchísimo tiempo en buscarles y en encontrarles una solución. Incluso, en no pocos casos, las dificultades aún subsisten.

80. Finalmente, Integrar no le ha entregado aún a Eficacia todas las licencias que era su deber entregarle de conformidad con el contrato, y algunas de ellas son claramente insuficientes para las aplicaciones y las funcionalidades que deberían amparar.

81. La no disponibilidad de la totalidad de las licencias y de las licencias adecuadas para las aplicaciones y las funcionalidades materia del contrato terminó afectando también la operación de Eficacia, y la ha llevado a incurrir – sin razón- en costos mucho más elevado de los que había previsto.

Respecto de la operación en Ecuador

82. Hay que mencionar, igualmente, que las actividades y los productos para la operación en Ecuador simplemente fueron dejadas de lado por parte de

Integrar. A punto tal, que esta es la hora en que aquellas ni siquiera han comenzado a desarrollarse.

Respecto de las garantías

83. Finalmente, Integrar no mantuvo vigentes las pólizas que el contrato le exigía tener durante la vida del contrato.

84. Y sigue sin renovarlas, pese a los reiterados requerimientos que se le han hecho para tal efecto.

Los perjuicios que ha sufrido y viene sufriendo Eficacia como consecuencia de los múltiples incumplimientos en los que ha incurrido Integrar

85. Tales perjuicios son de muy diversa índole.

Primero están aquellos asociados a la mayor inversión en dinero que Eficacia ha tenido que hacer para poder disponer a lo menos de algunas de las aplicaciones y de las funcionalidades del nuevo sistema que Integrar se obligó a diseñar, implantar y poner en funcionamiento. Mayor inversión en hardware, en software y la terminó requiriéndose por el solo efecto del mayor tiempo que tomó la ejecución del proyecto.

Luego, aquellos derivados de la mayor cantidad de personal a la disposición del proyecto, con del fin de lograr la tan urgente y anhelada salida en vivo.

De manera similar, están aquellos derivados del personal y de la infraestructura que Eficacia tuvo que mantener amarrados al proyecto, en un principio con el propósito de ejecutar procesos que debían haberse corrido en aquellos aplicativos y en aquellas funcionalidades que Integrar no entregó o no entregó oportunamente, luego como respaldo a aquellos componentes del nuevo sistema que empezaron a generar fallas y a mostrar inconsistencias y, al final, con el de retomar totalmente la operación administrativa y comercial ante el colapso que se evidenció luego de la fallida salida en vivo.

Están, así mismo, los que provienen de la contratación de terceros por parte

de Eficacia, que se hizo necesaria para tratar de superar las falla de Integrar y procurar darle el mayor uso posible a la solución y garantizar una operación administrativa y comercial relativamente segura.

Están también los asociados al hecho de no poder Eficacia contar con un sistema verdaderamente integral, tal y como lo contrató, y, por ende, de subutilizar buena parte de la infraestructura y de los sistemas que hasta ahora le han sido entregados y por los cuales ya pagó los valores convenidos.

Por otra parte, están los costos financieros que se generaron para Eficacia por las demoras que se presentaron en el pago de las facturas remitidas a sus clientes como consecuencia de demoras y de errores en la expedición de tales facturas.

Y están, finalmente, los perjuicios derivados de la pérdida de clientes como consecuencia de los inexcusables errores en los que Eficacia terminó incurriendo con ellos al utilizar el nuevo sistema que le diseñó, implantó y procuró poner en marcha Integrar”.

CAPÍTULO III

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte convocada se opuso a las pretensiones de la demanda arbitral, mediante escrito que fue recibido el de mayo de 2009, de la siguiente manera:

“III. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a las pretensiones de la demanda y especialmente a cada una de ellas por las siguientes razones:

PRIMERA: A la petición según la cual se solicita declarar que ASSEDA incumplió sus obligaciones contractuales, me opongo por lo siguiente:

- (A) **La metodología** que mi mandante empleó en el contrato fue la acordada y en todo caso este cargo no tiene fundamento jurídico pues de acuerdo con las reglas del mandato, ASSENDA tiene legalmente el derecho a emplear otras metodologías si la necesidad lo obligare a hacerlo, con tal de no apartarse de la sustancia del negocio encomendado.

Esto es así por razón del Artículo 2160 del Código Civil que dice: “La recta ejecución del mandato comprende no solo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. **Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello, y si obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato**”.

Los contratos para elaboración y puesta en marcha de soluciones tecnológicas son en esencia contratos de arrendamiento de servicios inmateriales, porque en ellos predomina la inteligencia humana sobre la mano de obra (Artículo 2063 Código Civil). Estos contratos se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no resulte contrario a ellos. Así lo establece el Artículo 2069 del Código ya citado.

- (B) En cuanto al **suministro del recurso humano**, afirmo que mi representada puso a disposición de EFICACIA más de 30 profesionales, la mayoría ingenieros de sistemas, debidamente certificados. Por el contrario, EFICACIA fue quien no cumplió con lo suyo porque desde el principio del proyecto no nombró los líderes de su equipo que le correspondía nombrar.

Así consta en el Anexo 6 de la oferta comercial que en esencia dice:

ANEXO 6 EQUIPO DE TRABAJO

| INTEGRAR | EFICACIA |
|---------------------------------------|-----------------------------------------|
| Director del proyecto: Vladimir Ortiz | Director del proyecto: Nigma Mustafá |
| Gerente del proyecto: Edwin Alvarez | Gerente del proyecto: Pedro Nel Escobar |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|
| Líderes de equipo: Mauricio Rivera Alfonso Rivera Luis Alberto Leguizamón Jurado | Líderes de equipo: <i>Personal por definir?</i> |
| Equipo de consultores: Frente ADAM: Fernando Toro Diana Rios Juan C. Leguizamón Frente ORACLE: Juliana Rengifo Paula Rengifo Ricardo Sanchez Nora Gonzalez Alvaro Marín Omar Bohórquez Frente BI: Carlos Mauricio Ramírez Fernando Avila | Equipo de usuarios: <i>Personal por definir?</i> |
| Otras áreas involucradas: N/A | Otras áreas involucradas: <i>Personal por definir?</i> |

Desde un principio, Sandra Serna, Rocío Maldonado, Lina Myriam García y Jenny Manrique, todas empleadas de EFICACIA, se ausentaron del proyecto sin motivos justificados como consta en el Acta 001 del Comité Directivo. De otra parte, el Acta 005 del Comité Directivo da cuenta que por falta de disponibilidad fue necesario llamarle la atención a Rocío Maldonado, Anyibe González y Yasmín Santa, todas empleadas de EFICACIA.

Es más, PriceWaterhouseCoopers (PWC) como interventor del proyecto estableció la responsabilidad de EFICACIA en lo que corresponde a la conducta de sus subalternos: Sandra Serna, Clara Calle, Danilo Varela, Yasmín Santa, Rocío Maldonado, Anyibe González y Myriam García. Así consta en su informe de hallazgos que presento como prueba y también consta en el Acta No. 009 del Comité Técnico.

De otra parte, las actas 45 y 52 del Comité Directivo dan cuenta de la falta de presencia de las usuarias, es decir del personal designado por EFICACIA.

Como si lo anterior fuera poco, el 31 de Marzo de 2008, EFICACIA decidió cambiar el administrador del sistema, señor Víctor Benjumea. Esta decisión fue inoportuna e imprudente, teniendo en cuenta que el sistema acababa de salir en vivo y todavía requería ajustes.

El señor Jaime Galvis Director Financiero de EFICACIA, decidió no participar en las reuniones de capacitación, a pesar de ser uno de los usuarios más importantes del sistema. Así consta en las actas de interventoría de Junio 15 y 29 del 2006.

En materia de recurso humano, manifiesto que EFICACIA incumplió con la obligación pactada en la cláusula 26.1 de la oferta, según la cual: “EFICACIA mantendrá, por su cuenta, durante todo el tiempo que dure la ejecución del contrato y hasta su liquidación definitiva, el personal que adelantará las funciones de administración e interventoría que sea necesario para asegurar el desarrollo, la ejecución y el cumplimiento de las responsabilidades, compromisos y obligaciones ofertadas”.

De acuerdo con el Artículo 2357 del Código Civil, la concurrencia de culpas es un atenuante de responsabilidad a la hora de valorar la conducta del deudor. Esta norma dispone: “La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

- (C) En cuanto a las **tareas encomendadas** a mi representada, manifiesto que según informaciones recibidas de mi mandante, solo están pendientes de concluir tres (3) de los 20 módulos convenidos. Los tres módulos pendientes son: Autoliquidación de aportes, BI Business Intelligence y costos ABC. Estos módulos no se han podido completar por distintas razones fuera del control de mi representada y que se pueden clasificar así:

- (i) HECHOS IMPUTABLES A EFICACIA:

Falta de dedicación de su propio personal
Falta de comunicación del usuario al programador
Suministro de información no confiable
Suministro de información inoportuna
Falta de migración de datos
Constantes cambios al programa ya diseñado
Falta de capacitación de los usuarios
Falta de pago de ciertas cuentas de cobro

(ii) HECHOS IMPUTABLES A TERCEROS

Cambios continuos en la legislación y jurisprudencia laboral de Colombia, tales como la licencia por luto, licencia por maternidad dependiendo que aporte uno o ambos cónyuges; aportes parafiscales sobre vacaciones, dependiendo si son pagadas en dinero o en descanso; forma de liquidar el trabajo en domingos y festivos; estabilidad reforzada para la madre trabajadora; aumento en la cuota de aprendices Sena, (EFICACIA tiene aproximadamente 1.000 aprendices Sena), embargo de salarios por obligaciones alimentarias, migración de trabajadores a contratistas independientes debido a la limitación de un año que tienen las empresas de servicios temporales y otros cambios equivalentes.

Si por parametrizar una nómina se entiende “estandarizarla” para que funcione de manera uniforme, hay que reconocer que en Colombia esto es difícil, especialmente en la industria de la intermediación laboral, donde trabaja EFICACIA. En esta industria se manejan grandes cantidades de trabajadores, sin ninguna estabilidad laboral, para 200 o 300 clientes distintos, cada uno de los cuales requiere un trato personalizado. La dificultad es mayor si se tiene en cuenta que un mismo trabajador puede laborar para varios patronos a la vez, y la facturación debe ser enviada a distintos centros de costos. Así le ocurría a EFICACIA respecto de su cliente Noel, donde el mismo trabajador laboraba para Noel, Suizo y Zenú, a la vez. En Colombia ocurría lo mismo. Una cosa es parametrizar una nómina de una empresa manufacturera, cuya fuerza laboral es relativamente estable, y otra muy distinta parametrizar una nómina de una empresa del sector de la intermediación laboral, como EFICACIA.

- (D) En cuanto a los plazos, manifiesto que el plazo convenido no era determinado sino determinable, pues estaba condicionado a “los plazos y etapas de entrega y puesta a punto del sistema integrado y los equipos y ejecución de los demás servicios objeto de la presente oferta mercantil, así como de la metodología de trabajo especificada.....” (Así consta en la cláusula 7.1 de la oferta).

Un plazo que no está claramente determinado, no permite responsabilizar al deudor por mora.

El plazo se prorrogó varias veces por acuerdo de las partes y otras por mandato de ley, debido a que EFICACIA no cumplió con ciertas obligaciones a su cargo, tales como el suministro de personal suficiente, la información oportuna, las pruebas, la transición, la capacitación de los usuarios y el pago tardío de la factura de venta No.1011412, entre otras.

En materia de plazos el Artículo 1609 del Código Civil establece: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

EFICACIA se abstuvo de pagar la factura No. 1011412 por \$585.000.000 más Iva, por concepto de la ampliación 1. Esta factura debía ser pagada el 27 de Enero de 2007 y vino a ser pagada el 16 de Mayo de 2008, es decir más de un año después. Esta factura terminó siendo pagada por \$142.379.880 después de muchas alegaciones entre las partes y de la mediación del interventor Price Waterhouse Coopers. Estoy aportando la prueba correspondiente. Este monumental atraso ocasionó que los consultores que mi mandante tenía contratados para EFICACIA, migraron hacia otros proyectos y fue imposible volverlos a traer. Por lo tanto la causa inmediata del perjuicio aquí fue la conducta de EFICACIA.

La cláusula 7.2 de la oferta también permitía prorrogar los plazos, siempre que la prórroga sea de mutuo acuerdo. En desarrollo de lo anterior, las partes acordaron prorrogar el plazo para la salida de Ecuador, como consta en las actas 34 y 35 del Comité Directivo donde se estableció lo siguiente: “EFICACIA manifiesta que como no se tiene nada listo para salir en

Ecuador, por este hecho se tendrá que salir después”. Estas actas están firmadas por ambas partes en señal de aceptación.

En consecuencia, y de conformidad con el Artículo 1608 del Código Civil, mi representada no incumplió los plazos y tampoco está en mora de cumplir.

- (E) En cuanto a las supuestas **fallas de calidad** de los productos, manifiesto que mi representada asumió obligaciones de medio y no de resultado, como antes lo dije.

Por regla general, en los contratos de arrendamiento de servicios inmateriales que consisten en una serie de actos en los que predomina la inteligencia humana sobre la mano de obra, las obligaciones que de allí resultan son de medio. Tal es el caso de los médicos, los abogados, escritores, ingenieros de sistemas o consultores de tecnología.

Mi representada no se comprometió a producir un resultado específico y concreto sino a poner toda su debida diligencia para que este se diera, atendido el estado de la ciencia y la precaria colaboración que recibió de EFICACIA. Bajo esta premisa debe valorarse su responsabilidad subjetiva (Artículos 2063 y siguientes Código Civil).

La jurisprudencia y la doctrina reconocen la dificultad para distinguir, cuando una obligación es de medio y cuando es de resultado. En línea con lo anterior han coincidido en señalar los siguientes criterios:

- (i) La obligación de dar, es de resultado por regla general.
- (ii) La obligación de no hacer, es de resultado por regla general.
- (iii) La obligación de hacer es de medio cuando puestos en el lugar del acreedor, este no tiene manera de esperar razonablemente del deudor un resultado específico, atendiendo el estado de la ciencia o el arte que el deudor profesa.

En las obligaciones de medio, la culpa del deudor no se presume y hay que probarla, con la advertencia que el deudor puede exonerarse de su responsabilidad si prueba que obró con la debida diligencia.

Cuando EFICACIA contrató con INTEGRAR, EFICACIA no sabía con precisión (y todavía no lo sabe) lo que quería. Justamente por esta razón, las cláusulas 2.1 y 2.5 de la oferta establecieron una **“fase de definición”**, donde EFICACIA debía participar activamente **para identificar lo que quería** y aprobar un plan de gestión conjuntamente con INTEGRAR. En consecuencia, no hay duda que las obligaciones a cargo de mi representada eran de medio, en su gran mayoría.

Respecto de los equipos de cómputo, EFICACIA tampoco tenía certeza lo que iba a adquirir, pues en la cláusula 6.4 de la oferta se acordó que el precio de los equipos, se establecería en un futuro **“al momento de la definición...de los equipos”** y dependiendo de muchos factores todos futuros e inciertos.

Las pruebas y el plan de actividades también quedaron pendientes de definir, según consta en las cláusulas 9.3 y 9.4 de la oferta, en virtud de las cuales **“INTEGRAR se obliga a diseñar e implementar en conjunto con EFICACIA, un plan de pruebas...Y se obliga a direccionar y desarrollar el plan detallado de actividades con participación de EFICACIA...entendiéndose que la responsabilidad sobre el documento será de cada una de ellas, en la medida de su participación”**.

Así las cosas es claro que la responsabilidad era compartida entre EFICACIA e INTEGRAR, como también era compartida la obligación de solucionar las fallas de calidad, según se indicó en la cláusula 20.2 de la oferta que textualmente dice: **“...Se entenderá por servicios de consultoría mal ejecutados o por productos mal elaborados, aquellos que hayan sido realizados con especificaciones inferiores o diferentes a las especificadas en esta oferta mercantil y/o sus anexos: Cualquier servicio que EFICACIA considere mal ejecutado deberá informarlo a INTEGRAR para que entre las dos partes definan el origen de la falla y se proceda a solucionar de manera acordada”**.

Entonces: Es injusto imputar a mi representada toda la responsabilidad por las fallas de calidad de los productos, cuando la verdad es que entre las

dos partes se convino que de presentarse tales fallas, **ambas debían definir el origen de las mismas, para solucionarlas de la manera acordada.**

El Artículo 1518 del Código Civil dispone: “No solo las cosas que existen pueden ser objeto de la una declaración de voluntad, **sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género...**”.

La oferta mercantil versaba sobre un objeto indeterminado que no existía al tiempo de contratar, y que las partes definieron en cuanto a su género, como “un sistema integrado (hecho a la medida de EFICACIA)...donde interactúen las funcionalidades y los datos”. Así se hizo constar en las cláusulas 1.1, 21.1 y 21.2 de la oferta.

En consecuencia, EFICACIA no tiene derecho a reclamar responsabilidades puntuales en relación con un objeto contractual que solo quedó determinado por su género y cuyas funcionalidades y datos EFICACIA no ayudó a definir.

- (F) En cuanto al **dimensionamiento y la capacidad de los equipos**, manifiesto que al momento de la celebración del contrato, los equipos tampoco estaban definidos en su dimensionamiento y capacidad, y que la responsabilidad de hacerlo era compartida entre INTEGRAR y EFICACIA, en el entendimiento que a EFICACIA le correspondía precisar al menos, la cantidad de usuarios y preparar una base de datos confiable. No es lo mismo adquirir un hardware para 30 usuarios que para 200 usuarios.

La cláusula 10.6 de la oferta indica que la responsabilidad en materia de dimensionamiento de los equipos, era compartida pues allí se convino que INTEGRAR necesitaba la autorización previa de EFICACIA para entregar e instalar cualquier equipo o hardware.

- (G) En cuanto **a las pruebas**, manifiesto que ellas lo fueron de varias clases a saber:

- Pruebas de cumplimiento (oferta, Cláusula décima cuarta)
- Pruebas alternas (oferta, 14.2)
- Pruebas de aptitud (oferta 14.3)

La mayoría de estas pruebas eran responsabilidad de EFICACIA por ser la parte contratante y otras eran responsabilidad de su interventor Price Waterhouse Coopers (PWC) en su calidad de juez imparcial. En el desarrollo del contrato las partes acordaron que INTEGRAR no debía hacer las pruebas pues no podía ser juez y parte.

En cuanto al **mantenimiento del sistema**, mi representada lo ha venido haciendo a pesar de los atrasos injustificados en los pagos por parte de EFICACIA y la forma caótica como EFICACIA ha venido administrando las solicitudes de cambio en los programas ya diseñados. Estas solicitudes de cambio se conocen entre los programadores como “Control de Cambios”.

Desde Junio de 2008 para acá, el servicio de mantenimiento no se ha podido prestar en razón a la decisión unilateral de EFICACIA, expresada en su carta del 19 de Junio de 2008 y según la cual “No serán atendidos (los) servicios o correctivos que deleguen en terceros que ustedes (ASSENDA) lleguen a contratar sin la previa y expresa autorización de nuestra parte”.

EFICACIA no ha vuelto a autorizar ningún servicio de mantenimiento correctivo, como consta en carta de 27 de Abril de 2009 firmada por el consultor de ASSENDA Carlos Enrique Rojas.

A LO IMPOSIBLE NADIE ESTÁ OBLIGADO dice una máxima legal. Es injusto responsabilizar a mi representada del incumplimiento de su obligación de mantener la solución tecnológica de EFICACIA, cuando es la propia EFICACIA quien se niega a recibir a los consultores en sus dependencias y tampoco obedece los correctivos que se le indican.

- (H) En cuanto a **las licencias** dejo constancia que por tratarse de software hecho a la medida o por encargo, mi representada no está legalmente obligada a entregar licencias a EFICACIA, toda vez que dichas licencias son innecesarias en este caso y se entienden cumplidas con la simple entrega de los códigos fuentes, como en efecto ocurrió.

Esto es así en virtud de lo pactado en la cláusula 21.3 de la oferta que textualmente dice: “Una vez entregados los códigos fuentes mencionados se entenderá perfeccionada la transferencia de los derechos patrimoniales de autor a favor de EFICACIA.....”

En consecuencia, EFICACIA está reclamando una obligación que ya fue cumplida en la forma y términos pactados.

En relación con las otras licencias: PARTITIONING IAS EE, DIAGNOSTIC PACK, TUNNING PACK, CHANGE PACK y CONFIGURATION MANAGEMENT PACK, manifiesto que estas licencias son opcionales y EFICACIA no tiene derecho a reclamarlas pues están por fuera del alcance del contrato. Esto es así porque el software diseñado por mi representada ya contiene las herramientas equivalentes para hacer las mismas tareas que permiten estos productos tecnológicos. Por lo tanto, si EFICACIA desea otras herramientas más sofisticadas para las mismas tareas, entonces lo justo es que las pague por su propia cuenta, y no pretenda que se las conceda gratis ASSENDA.

- (I) En cuanto a la **operación en Ecuador**, me remito a lo acordado en las actas 34 y 35 del Comité Directivo donde se hizo constar lo siguiente: “EFICACIA manifiesta que como no se tiene nada listo para salir en Ecuador, por este hecho se tendrá que salir después”.

En consecuencia, en relación con Ecuador, mi representada no está en mora de cumplir la obligación, toda vez que esta quedó prorrogada para **“salir después”**.

- (J) En cuanto a la **falta de entrega** del sistema, repito que de los 20 módulos materia del contrato, mi representada solo tiene pendientes por entregar 3, que son: Autoliquidación de aportes, BI BUSINESS INTELLIGENCE y COSTOS ABC.

Todos los demás módulos ya fueron entregados y según reporta nuestro cliente, se encuentran instalados en EFICACIA quien los viene usufructuando desde la salida en vivo, como lo demostraré en la inspección

ocular que habrá de practicarse a las instalaciones de EFICACIA. Lógicamente estos módulos están sujetos a los ajustes normales derivados de la dinámica de la legislación laboral, fiscal y contable de Colombia. ACCION PLUS, quien es competidor de EFICACIA desde hace muchos años, tiene también instalado un software de parametrización de nómina, y puede dar fe que constantemente es necesario estabilizarlo, como lo demostraré en el proceso.

Aunque la oferta mercantil fue dirigida por INTEGRAR a EFICACIA, la verdad verdadera es que dicha oferta la dictó EFICACIA y contiene cláusulas ambiguas que no permiten precisar las responsabilidades de las partes. Tal es el caso del párrafo primero de la cláusula vigésima, que empieza por responsabilizar a INTEGRAR de la calidad de los servicios y termina diciendo: **“INTEGRAR y EFICACIA participarán en la toma de decisiones del proyecto...asumiendo la responsabilidad por las decisiones que cada una adopte y la calidad de los trabajos que se acuerden le corresponden a cada una de ellas”**.

Esta cláusula, en la forma en que quedó redactada, hace imposible establecer si la responsabilidad es:

- Por cuenta de INTEGRAR?
- Conjunta entre EFICACIA e INTEGRAR?
- Individual a cargo de cada quien?

En derecho una misma cosa no puede ser y no ser a la vez, pues ello contradice las reglas de la sana lógica. Por ello el artículo 1624 del Código Civil sanciona las ambigüedades de los contratantes y dispone que la cláusula ambigua debe interpretarse a favor del deudor (es decir INTEGRAR), con mayor razón si la cláusula ambigua fue dictada por la otra parte, como sucedió en el presente caso.

- (K) En cuanto a las **pólizas y garantías** manifiesto que la póliza de salarios y prestaciones sociales está vigente y vence el 24 de Marzo de 2011. La póliza de calidad venció el 24 de Marzo de 2009, es decir hace apenas un mes. La póliza de cumplimiento venció el 24 de Abril de 2008 y no han

podido ser renovadas debido a la negativa de EFICACIA en firmar el otrosí que solicita la compañía de seguros.

De acuerdo a la ley, el deudor no está en mora de cumplir, cuando es el propio acreedor quien se lo impide.

SEGUNDA: Me opongo a que se declare que el incumplimiento ha causado perjuicios a EFICACIA y pido se reconozca que tales perjuicios, si es que alguna vez existieron, se los ocasionó EFICACIA a sí misma, en razón al incumplimiento sistemático de las obligaciones a su cargo y concretamente: La falta de disponibilidad de su personal y los continuos “controles de cambios” que ahogaron el proyecto. Esta conducta de EFICACIA ocasionó inmensos daños y perjuicios a mi representada los que aquí mismo solicitaré se indemnicen en la demanda de reconvención o contrademanda que estoy presentando. Lo anterior con base en la cláusula 25.3 de la oferta mercantil según la cual EFICACIA se comprometió a responder por los daños y perjuicios que ocasione.

TERCERA: Me opongo a que se condene a ASSENDA a indemnizar perjuicios a EFICACIA en la confiscatoria cuantía que se solicita en la demanda, toda vez que EFICACIA no ha demostrado los elementos estructurales de la responsabilidad contractual, a saber:

- La existencia de un contrato
- El incumplimiento culposo o doloso del deudor
- El daño
- La relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño

En cambio, mi representada está demostrando su debida diligencia y de los muchos consultores que prestaron el servicio, todos los cuales trabajaron en forma organizada en el cumplimiento de unas obligaciones de medio, para crear un sistema hecho sobre medidas, el cual no estaba definido al inicio del contrato.

\$10.000.000.000 es una cifra desproporcionada e injusta si se tiene en cuenta que el 19 de Junio de 2008, EFICACIA se dolía de haber “tenido que incurrir en gastos y sobrecostos adicionales que ya se acercan, de manera preocupante para nosotros, al doble del valor contratado”.

Entonces: Si el contrato fue por \$2.340.000.000, el doble de esta suma alcanza \$4.680.000.000 y ninguna persona sensata se puede explicar, cómo esta cifra más que se duplicó (\$10.000.000.000), en menos de 10 meses, es decir de Junio de 2008 a Abril de 2009.

CUARTA: Me opongo a que se declare que EFICACIA tiene derecho a encargar a terceros las tareas que están pendientes, por cuenta de mi representada. Lo anterior por cuanto la cláusula 20.3 que se invoca parte del supuesto que INTEGRAR se niegue a prestar los servicios convenidos, situación ésta que no ocurre en el presente caso, pues en comunicación del 25 de Junio de 2008, se le propuso a EFICACIA seguir un “plan de choque” para solucionar los problemas pendientes. Esta es la hora en que EFICACIA no ha autorizado el plan de choque.

QUINTA: Me opongo a que se condene a ASSENDA a reembolsar los costos causados por las tareas encomendadas a otros consultores más un 10%. Lo anterior por cuanto como ya se dijo, la cláusula 20.3 de la oferta parte de la base que ASSENDA se niegue a rehacer las tareas que le corresponde, lo cual no ha ocurrido en el presente caso. Sea esta la oportunidad para manifestar que mi representada no se hace responsable por las modificaciones y ajustes efectuados por otros consultores, distintos de los homologados por ASSENDA.

SEXTA: Me opongo a que se intime a ASSENDA para que cumpla con los compromisos pendientes, pues mi representada ha propuesto llevar a cabo un plan de choque para solucionar las tareas que faltan, las cuales corresponden a la porción menor del contrato. Por el contrario, respetuosamente pido al Honorable Tribunal que conmine a EFICACIA a aceptar el plan de choque que de buena fe se le ha propuesto, el cual contiene una solución viable y sensata para todos.

SÉPTIMA: Me opongo a que se condene a mi representada a pagar la cláusula penal, porque no se le puede imputar culpa y porque de otra parte la responsabilidad fue compartida, en lo que corresponde a las obligaciones más relevantes del contrato.

OCTAVA: al pago de los intereses moratorios también me opongo por cuanto mi representada no está en mora de cumplir. Además, de conformidad con el Artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal es una estimación anticipada de los perjuicios, tanto indemnizatorios como moratorios. Por lo tanto, en una obligación

con cláusula penal, el acreedor no puede cobrar la cláusula penal y los intereses moratorios a un mismo tiempo, porque esto equivaldría a penalizar la mora dos veces.

NOVENA: Me opongo a que se de aplicación al Artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual los jueces están facultados para valorar en equidad los daños y perjuicios que las partes se ocasionen. Lo anterior por cuanto esta norma no se aplica a los Tribunales de arbitramento y está reservada a los jueces ordinarios que conforman la administración de justicia. De otra parte, en la cláusula arbitral que aquí se invoca, las partes acordaron que el Tribunal fallaría EN DERECHO. Jamás en equidad. El debido proceso hay que respetarlo siempre.

DÉCIMA: Me opongo a que se condene a ASSEDA a pagar las costas y las agencias en derecho, y pido que estas y aquellas recaigan en la parte convocante, por haber iniciado una acción temeraria carente de fundamento legal”.

A LOS HECHOS: El apoderado de la parte convocada contestó los hechos de la demanda de la parte convocante, aceptando unos y negando otros.

EXCEPCIONES DE MERITO: La parte convocada propuso las siguientes excepciones de fondo o mérito para que sean decididas en la respectiva oportunidad procesal: Nulidad, invalidez e inexistencia de la cláusula arbitral; falta de competencia del Tribunal; compensación; inepta demanda por estar dirigida contra persona distinta a la obligada a responder; excepción de contrato no cumplido; carencia de derecho y/o carencia de acción; carencia de causa; Falta de relación de causalidad entre el perjuicio alegado y quien lo causó; Inexistencia del perjuicio alegado, e Indebida representación de la parte convocante.

CAPÍTULO IV

DEMANDA DE RECONVENCION

El apoderado de la parte convocada, ASSEDA S.A. presentó el 4 de mayo de 2009 una demanda de reconvención contra EFICIACIA S.A. fundamentada en las siguientes

“PRETENSIONES

Con base en los hechos antes narrados y en las normas de derecho que más adelante citaré, respetuosamente pido al honorable Tribunal que por economía procesal y dentro de este mismo juicio arbitral, profiera iguales o similares decisiones:

- (A) Condenar a EFICACIA S.A., legalmente representada por la señora LILIANA ESTRADA DE LONDOÑO, o quien haga sus veces, a pagar a ASSENDA o INTEGRAR, la suma de MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS DIEZ Y SIETE MIL SETENTA Y SIETE PESOS (\$1.797.217.077), o la suma que resulte probada, por concepto de daños y perjuicios resultantes del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por EFICACIA en la oferta mercantil KCS 203 del 1 de Febrero de 2006
- (B) Condenar a EFICACIA S.A. a pagar hasta 1.000 salarios mínimos legales vigentes, por concepto de perjuicios morales, ocasionados a ASSENDA e INTEGRAR, en la persona de sus accionistas, administradores y directores.
- (C) Condenar a EFICACIA S.A. a pagar a ASSENDA e INTEGRAR, los intereses de mora liquidados y causados por el no pago oportuno de las obligaciones a su cargo, a la máxima tasa legalmente permitida.
- (D) En caso de resultar laudos y condenas recíprocas a favor y a cargo de las partes convocante y convocada, el honorable Tribunal procederá de declarar extinguidas o compensadas dichas obligaciones recíprocas y hasta por los montos que quepan.
- (E) Condenar a EFICACIA S.A. al pago de los honorarios de abogado, costos del Tribunal y gastos del proceso”.

A continuación se indican los hechos en los que se fundamentó la demanda de reconvención:

“HECHOS

PRIMERO: EFICACIA S.A. es una empresa del sector servicios, legalmente constituida, con existencia legal y domicilio en Cali, con sucursales y agencias en otras ciudades del país, debidamente representada por la señora LILIANA ESTRADA DE LONDOÑO, o por quien haga sus veces, mayor de edad y vecina de Cali.

SEGUNDO: Por la naturaleza del negocio, el grupo EFICACIA y las empresas que la conforman, tienen que contratar una gran cantidad de trabajadores, la mayoría de los cuales con salario mínimo y con contratos de trabajo de muy corta duración.

TERCERO: En el año 2005, EFICACIA invitó a INTEGRAR a participar en un concurso privado de méritos, con el objeto de crear, instalar y poner en funcionamiento un sistema de información integrado, capaz de ejecutar funciones y administrar datos que eran desconocidos por las partes hasta ese entonces, pero que EFICACIA se comprometió a identificar, de manera conjunta con INTEGRAR.

CUARTO: INTEGRAR aceptó la invitación e inició, con EFICACIA, un proceso de negociación que incluyó el intercambio de varias ofertas y contraofertas durante varios meses, por los años 2005 y principios de 2006.

QUINTO: Finalmente, el 1 de Febrero de 2006, las obligaciones y derechos de las partes quedaron consignadas en la oferta mercantil No. KCS 203 de 1 de Febrero de 2006, en la cual INTEGRAR fue el oferente y EFICACIA la destinataria de la oferta. No hay constancia que indique que EFICACIA hubiere aceptado la oferta y emitido la respectiva orden de compra, dentro del perentorio plazo de seis días que menciona la cláusula tercera de la oferta.

SEXTO: De acuerdo a dicha oferta mercantil, EFICACIA se comprometió a disponer de un equipo de trabajo de dedicación exclusiva al proyecto; diseñar un plan de pruebas y probar los productos entregados con el apoyo de una firma de interventoría, contratada por EFICACIA. Además se comprometió a participar en una fase inicial de definiciones, para tomar allí aquellas decisiones sobre los puntos críticos del proyecto. Igualmente se obligó a organizar los cambios de manera que no perjudicaran el avance del proyecto; pagar oportunamente a INTEGRAR el precio convenido por sus servicios, así como los costos adicionales generados por las tareas que no estaban incluidas dentro del alcance del proyecto. En fin, EFICACIA se comprometió a permitir que los consultores de INTEGRAR hicieran los ajustes correspondientes al sistema, para estabilizarlo y ponerlo a punto. Estas obligaciones quedaron consignadas en las cláusulas 2.1, 2.5, 6.4, 9.3, 9.4, 9.6, 11.5, y 26.2 de la oferta, entre otras.

SÉPTIMO: En la cláusula 25.3 de la oferta también se convino que EFICACIA se comprometía a responder por los daños y perjuicios que ocasionare a INTEGRAR y que fueren imputables a su culpa, la de sus dependientes, proveedores y subcontratistas.

OCTAVO: EFICACIA no cumplió con las obligaciones a su cargo en el modo y tiempo debidos, como lo demostraré en el proceso y como consta en las actas 001, 003, 004, 005, 012, 044 y 045 del Comité Directivo; Anexo 6 de la oferta y Acta 009 del Comité Técnico, además de las actas de la interventoría de 15 y 29 de Junio de 2006 y los informes de hallazgos.

NOVENO: El incumplimiento de parte de EFICACIA, ocasionó perjuicios a INTEGRAR / ASSENDA, por un valor total de \$1.797.217.077, distribuidos así:

- Por daño emergente 1.461.491.582
- Por Lucro cesante 335.725.495

TOTAL 1.797.217.077

Estoy aportando como prueba la liquidación correspondiente.

Lo anterior sin contar los perjuicios morales y consecuenciales los cuales estimo en 1.000 salarios mínimos legales vigentes (Artículo 97 Código Penal).

DÉCIMO: Por escritura pública 4124 del 28 de Noviembre de 2007 de la Notaría 14 de Cali, INTEGRAR S.A. se fusionó con ASSENDA S.A., pero sin liquidarse, subsistiendo INTEGRAR en la actualidad, como una persona jurídica independiente, dotada de su propio patrimonio. Hoy en día INTEGRAR se identifica con el Nit 830.059.918-1 y con la matrícula mercantil 722101-4 de la Cámara de Comercio de Cali.

DÉCIMO PRIMERO: En el presente proceso arbitral ASSENDA S.A. ha sido demandado por EFICACIA S.A. El suscrito abogado tiene poder amplio y suficiente para representar a ASSENDA S.A., el cual incluye la facultad de contrademandar o presentar demanda de reconvención”.

CAPÍTULO V

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El apoderado de EFICACIA S.A. contestó la demanda de reconvencción, el 27 de mayo de 2009, formulada por ASSENDA S.A. oponiéndose a las pretensiones y aceptando unos hechos y negando otros.

Excepciones: El apoderado de EFICACIA S.A. formulo las siguientes excepciones de merito: Falta de legitimación en la causa por pasiva; Ausencia de prueba respecto del pretendido incumplimiento de Eficacia; Ausencia de buena fe contractual de parte de Assenda;

CAPÍTULO VI

EL ACERVO PROBATORIO

PRUEBAS DOCUMENTALES

Se tuvieron como prueba, con el valor que les asigna la Ley, todos los documentos aportados por las partes.

TESTIMONIOS

Durante el curso del proceso arbitral se recibieron las declaraciones de todas las personas solicitadas por los apoderados de las partes, salvo de las personas cuyo testimonio fue desistido y aceptado por el Tribunal.

El apoderado de la parte convocada desistió de los testimonios de FELIPE TORRES, ASTRID SALAZAR y LUZ ÁNGELA GÓMEZ OSORIO.

No se presentaron a rendir testimonio ALFREDO AYALA, VÍCTOR BENJUMEA, y JESÚS WILSON P.

INTERROGATORIOS DE PARTE

Fue recepcionado el interrogatorio de parte solicitado, así: El 29 de septiembre de 2009, se recibió el testimonio de la señora LILIANA ESTRADA DE LONDOÑO, en su condición de representante legal de la sociedad EFICACIA S.A.

OFICIOS

Se decretaron oficios a la Camara de Comercio de Cali y a la Asociacion Colombiana de Empresas de Servicios Temporales, recibándose la información solicitada.

EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

Se realizó la diligencia de exhibición de documentos a ASSENDA S.A., a solicitud de la parte convocante, en las oficinas de ASSENDA S.A., ubicadas en la Calle 29 Norte # 6A-40 de Cali, el día 2 de octubre de 2009, según consta en el Acta No. 15.

Por medio de Auto No. 27 del 20 de octubre de 2009, el Tribunal aceptó el desistimiento del apoderado de la parte convocante de la prueba decretada en el punto "5.- EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN PODER DEL INTERVENTOR DEL CONTRATO" relacionado en el literal "A.- PRUEBAS SOLICITADAS EN LA DEMANDA PRINCIPAL", "PRUEBAS DE LA PARTE CONVOCANTE" del Auto No. 13 del 11 de agosto de 2009 - Acta No. 7- , referente a la exhibición de documentos en las oficinas de PRICEWATERHOUSE COOPERS, ubicadas en Bogotá en la Calle 100 No. 11A-35 Piso 8.

INSPECCIÓN JUDICIAL

Se práctico la inspección judicial a las dependencias de EFICACIA S.A., a solicitud de la parte convocada, el día 16 de octubre de 2009, acto que se inició en la Sala No. 3 del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, y que se continuó en las instalaciones de las oficinas de EFICACIA S.A., ubicadas en la Av. 5 Norte No. 20 N - 38 de Cali. Así quedó consignado en el Acta No. 17.

PERITACIÓN

En este Tribunal se decretaron dos dictámenes periciales: uno financiero a cargo del perito JAIME ARISTIZABAL ARANGO y otro técnico a cargo del perito

GONZALO VELA MEDINA. Los peritos rindieron sus dictámenes en tiempo, se corrió traslado de los mismos, las partes solicitaron las aclaraciones y complementaciones del caso, las cuales fueron atendidas por los peritos. Ambos peritazgos fueron objetados por error grave por el apoderado de la convocada.

CAPITULO VII

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos verbales y expusieron sus argumentos para sustentar sus respectivas pretensiones. Los apoderados presentaron un resumen escrito de sus alegatos.

CAPITULO VIII

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Se procede a decidir el presente litigio propuesto por Eficacia S.A. contra Assenda S.A., determinando previamente la comprobación de los presupuestos procesales. Los presupuestos procesales que son aquellos requisitos necesarios para la adecuada integración de la relación jurídico procesal y para proferir la decisión que resuelva la controversia sometida al conocimiento del Tribunal, y que se encuentran plenamente cumplidos y probados en este proceso, como son la capacidad para ser parte, la capacidad procesal o capacidad para comparecer como parte, la competencia del Tribunal y la demanda y contrademanda en forma.

Tanto la parte convocante como la convocada son personas jurídicas que tienen plena capacidad para obligarse y han comparecido en este proceso a través de sus representantes legales. La competencia del Tribunal para conocer y decidir esta controversia, fue declarada en la primera audiencia de trámite. En cuanto a las demandas, de la parte convocante y de la parte convocada, estas cumplen con sus requisitos procesales y fueron debidamente admitidas por el Tribunal.

CAPITULO IX

CONTRATO EFICACIA – INTEGRAR

Invitación a ofertar y aceptación de la Oferta.

EFICACIA hizo una invitación a ofertar para el proyecto de adquisición e implantación de un sistema integrado que integre todos los procesos que se detallan en esa invitación. Esta invitación la formuló EFICACIA a INTEGRAR hoy ASSENDA en comunicación de julio 11 de 2005.

En respuesta a la anterior invitación INTEGRAR presentó su propuesta mediante la Oferta Mercantil KCS203 contenida en escrito de 1 de febrero de 2006.

La anterior oferta mercantil fue aceptada por EFICACIA mediante orden de servicios del 16 de febrero de 2006, lo cual consta en la comunicación de 19 de junio de 2008 dirigida por EFICACIA al representante legal de ASSENDA S.A.

Objeto de la Oferta

El objeto de la Oferta Mercantil es el siguiente: “(i) La adquisición por parte de Eficacia del Sistema Integrado, esto es, la adquisición de licencias de uso de software así como la consultoría y desarrollos necesarios para la integración, implementación, instalación y puesta en marcha de un sistema de información integrado para todas las empresas que conforman el Grupo Corporativo Eficacia, tal y como se indica en las consideraciones II y III de la presente Oferta Mercantil, donde interactúen las funcionalidades y los datos, según los términos de alcance descritos en la presente Oferta Mercantil, sus anexos y los términos de licenciamiento, soporte y mantenimiento descritos en los contratos con los fabricantes de software y hardware que, de aceptarse la presente Oferta mediante orden de servicios, suscribiría Eficacia, y que una vez suscritos se entenderá que forman parte integrante de la presente Oferta Mercantil. En dicho Sistema Integrado interactuarán la funcionalidad y los datos de manera integrada, incorporando de manera global, los siguientes procesos y módulos: Gestión del Talento Humano, Gerenciamiento de Clientes, Compras, Conocimiento y

Desarrollo del Mercado, Gestión de Comercialización, Seguimiento al servicio, Suministro de Personal (reclutamiento, selección y contratación), Cumplimiento de Requisiciones, Compensación Salarial, Facturación, Aportes Parafiscales, Gestión de Recaudo, Seguimiento y Control Financiero, Presupuesto, Almacén e Inventarios, Cuentas por Pagar, Activos Fijos, Recaudo, Contabilidad, CRM y costos que conformen un Sistema Administrativo, Financiero y de Recursos Humanos Integrado, y que permita al Grupo Corporativo Eficacia optimizar la gestión operativa y administrativa de sus empresas, y (ii) La adquisición por parte de Eficacia de los Equipos necesarios; para la adecuada implantación y funcionamiento del Sistema Integrado.” (Cláusula Primera, 1.1 de la Oferta).

Alcance del Objeto

En el punto 2.1 de la Cláusula segunda se estipuló lo siguiente con relación al alcance del objeto del Contrato: “Dada la complejidad del proyecto, Integrar manifiesta expresamente que el alcance de los servicios definidos en la cláusula anterior de la presente Oferta Mercantil es global, por lo que durante la primera fase de ejecución del contrato que se perfeccione con la aceptación de esta Oferta Mercantil mediante orden de servicios (en adelante el “Contrato), denominada Fase de Definición, Integrar direccionará y desarrollará el Plan Detallado de Alcance con la participación activa de Eficacia, el cual deberá ser aprobado por las partes, entendiéndose que la responsabilidad sobre el documento será cada una de ellas en la medida de su participación en su elaboración. Igualmente, la responsabilidad sobre la ejecución de las actividades tendientes al logro del Plan será de cada una de ellas en la medida de su participación en la ejecución del mismo. Dicho documento formara parte integral del Plan de Gestión de Proyecto que deberá aprobar conjuntamente Integrar y Eficacia. Durante dicha etapa, Integrar elaborara la planeación de todas las actividades que desarrollara en ejecución del Contrato, relacionadas con las siguientes dimensiones: Alcance, Riegos, Costos, Calidad, Recurso Humano, Comunicaciones, Subcontratos y Compras.”

Precio

El precio de los bienes y servicios ofrecidos por Integrar se fijó en la suma de \$2.340.806.762, sin IVA, precio que las partes expresamente acordaron que

“permanecerá sin modificación a lo largo de la ejecución del contrato”. (Cláusula Quinta, punto 5.1 y 5.2).

Plazo

El plazo de ejecución del contrato se fijó en doce meses contados a partir de la fecha de aceptación de la oferta. (Cláusula Séptima, punto 7.1). Esta aceptación se dio el 16 de febrero de 2006.

Otras cláusulas

En el contrato se pactaron las cláusulas referentes a las obligaciones de las partes, el licenciamiento, los equipos, las garantías, terminación, etc., temas estos que serán analizados más adelante con relación a los hechos de la demanda, de la contrademanda, y los escritos de excepciones de las partes.

Anexos

Hacen parte del Contrato: Anexo 1: Invitación a Ofertar. Anexo 2: Oferta Preliminar. Anexo 3: Documento de Negociación. Anexo 4: Contenido de las etapas, calendario de ejecución y pagos parciales. Anexo 5 Presupuesto detallado. Anexo 6: Equipo de trabajo de Integrar. Anexo sin número: Plan del proyecto, Anexo sin número: Descripción de los paquetes de trabajo. (Cuaderno 8 folio 147, folio 176).

ORGANIZACIÓN DEL PROYECTO

El equipo del proyecto

La organización que se le dio al proyecto consistió en la creación de los siguientes órganos, según la Oferta Inicial del Anexo 2:

- a. **COMITÉ DIRECTIVO:** conformado por los funcionarios de la alta gerencia de Integrar y Eficacia. Tiene a su cargo el control, la supervisión y revisión periódica del avance general de proyecto, y la toma de decisiones estratégicas. Responsable del proyecto como un todo, encargados de

tomar decisiones referentes al enfoque del mismo, documentos y requerimientos solicitados por la Gerencia de Proyecto.

- b. **GERENCIA DEL PROYECTO:** conformada por un funcionario de Eficacia y uno de Integrar, designados por el Comité Ejecutivo. Responsable de las operaciones del proyecto. Sus principales actividades son: Elaborar cronogramas generales y detallados de trabajo para cada equipo de trabajo. Liderar la elaboración de los productos finales de cada etapa del proyecto. Acompañar a los equipos, garantizando una adecuada transferencia de conocimientos e información. Detectar y corregir posibles desvíos del enfoque del proyecto, que afecte el alcance u objetivos del proyecto. Garantizar que el proyecto se realice dentro de los plazos establecidos, dentro del enfoque definido y con la calidad requerida. Efectuar el control de calidad de los productos intermedios y finales, garantizando calidad en los plazos previstos.
- c. **DESARROLLO ORGANIZACIONAL:** este equipo de trabajo estará conformado por funcionarios del área de recursos humanos de Eficacia. Apoyara actividades de comunicaciones y manejo del cambio a lo largo del proyecto.
- d. **CONSULTORES INTEGRAR:** Llevaran a cabo las actividades de instalación, configuración, parametrización, personalizaciones, generación de reportes y desarrollos sobre los sistemas de Oracle, Adam y Gauss. Interactuación con los usuarios líderes y transferirán el conocimiento funcional y técnico a los Líderes del proyecto. Trabajaran coordinada e integralmente con todos los frentes del proyecto.
- e. **LIDERES DEL PROYECTO:** son aquellas personas designadas por Eficacia como cabezas funcionales de cada frente del proyecto. Tienen profundo conocimiento del negocio de Eficacia y dominan los requerimientos funcionales y técnicos a ser suplidos con la implantación del sistema integrado de información. Capacitaran a los usuarios finales y serán el primer nivel de soporte para estos durante la fase de puesta en producción.
- f. **ADMINISTRACION DEL SISTEMA Y APOYO TECNICO:** Funcionarios del área de sistema de Eficacia quienes proveerán apoyo en sistemas operativos.

Equipos de trabajo

En la Oferta Inicial de Integrar (Anexo 2) se determinaron los equipos de trabajo para los diferentes frentes del Proyecto, así:

1. CRM: Procesos: Inteligencia de mercados, comercialización, gerenciamiento del cliente:

Integrar: Dos consultores funcionales en Oracle CRM en sitio, 5 meses efectivos.

Eficacia: Un funcionario líder de CRM (50%) + un funcionario por cada uno o dos módulos con dedicación 100% + un funcionario de apoyo para documentación.

2. CRM Desarrollo: Gerenciamiento de clientes:

Integrar: 7 desarrolladores 6 meses en sitio.

Eficacia: Un funcionario líder en Gerenciamiento de clientes (50%) + un funcionario de apoyo para documentación.

3. ERP: Procesos: Administración Financiera:

Integrar: Dos consultores funcionales 5 meses efectivo y un consultor funcional 2.5 meses efectivo en sitio.

Eficacia: Un funcionario líder de finanzas (50%) + un funcionario por cada uno o dos módulos con dedicación 100% + un funcionario de apoyo para documentación.

4. ERP: Procesos: Administración Financiera – Comercialización:

Integrar: Un consultor funcional 5 meses efectivo en sitio.

Eficacia: Un funcionario líder de finanzas (50%) + un funcionario por cada uno o dos módulos con dedicación 100% + mas un funcionario de apoyo para documentación.

5. Sistema de Nomina Recursos Humanos: Suministro de Personal:

Integrar: Un consultor funcional 6 meses efectivo + un consultor técnico un mes efectivo en sitio.

Eficacia: Un funcionario líder de Nomina y Recursos Humanos (100%) + un funcionario de apoyo para documentación.

6. Sistema de Nomina Recursos Humanos: Compensación Salarial, administración de parafiscales:

Integrar: Un consultor funcional 5 meses efectivo en sitio.

Eficacia: Un funcionario líder de Finanzas (100%) + un funcionario de apoyo para documentación.

7. BI: Procesos: Control Analítico a nivel financiero (ERP) y a nivel de la relación con el cliente (CRM):

Integrar: Un consultor funcional experto en Oracle DBI. Un consultor técnico experto en Discoverer.

Eficacia: Funcionarios del área financiera. Un funcionario técnico. Un líder de BI con dedicación 100%. Un funcionario de apoyo para documentación.

8. Costos y Presupuesto: Procesos: Costos ABC y Presupuesto:

Integrar: Un consultor funcional experto en diseño de modelos, manejo de Gauss y Planning.

Eficacia: Un funcionario del área de costos. Un funcionario del área de presupuestos. Un funcionario de apoyo para documentación.

9. Simulación Cotizaciones: Procesos: Comercialización, Gerencialmente del cliente:

Integrar: Un consultor técnico experto en Java. Un consultor funcional experto en costos –Acompañamiento puntual.

Eficacia: Funcionarios del área comercial y financiera. Líder del área comercial. Un funcionario de apoyo para documentación.

Naturaleza del Contrato

El avance tecnológico registrado en informática ha dado origen a que su uso sea más frecuente y más amplio en el ámbito de los negocios comerciales. A pesar de ese uso generalizado, los contratos que han surgido de la aplicación de la

tecnología informática no han sido regulados ni reglamentados por la ley, con el fin de determinar sus características, su estructura y las relaciones jurídicas sujetas no solo a la voluntad de las partes sino a las normas imperativas o supletorias que los rijan.

El contrato informático por no tener la calidad de contrato tipo regulado por la ley, es un contrato atípico que goza de validez jurídica por el reconocimiento que la ley le da a la autonomía de la voluntad privada (art. 1602 del C. Civil).

El contrato informático es aquel por medio del cual se crean, modifican o extinguen obligaciones referentes a bienes y servicios informáticos. Estos bienes y servicios pueden estar constituidos, en forma individual o conjunta, por equipos de hardware, software, recursos humanos, documentos, consultoría técnica, y sobre ellos se celebran diversos convenios o pactos de acuerdo con los intereses y los objetivos de las partes contratantes.

En los contratos atípicos la normatividad aplicable está referida, entre otras, a las normas imperativas, las reglas generales de las obligaciones y los contratos, la aplicación analógica de reglas de contratos afines, y los principios generales de derecho.

El contrato celebrado entre Integrar y Eficacia, según se deduce de su texto, comprende la instalación e implementación de un sistema integrado de información para uso de las diferentes empresas que hacen parte del Grupo Corporativo de Eficacia. Para el logro de este objetivo general, el contrato crea principalmente obligaciones relacionadas con el suministro, instalación y mantenimiento de equipos de hardware, licenciamiento de software, consultoría técnica y otros servicios.

El Tribunal considera, de acuerdo con lo anterior, que el contrato que se perfeccionó con la aceptación de la oferta mercantil KCS203 es un contrato atípico, comercial, autónomo, bilateral y de ejecución sucesiva, con obligaciones de resultado.

CAPITULO X

OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO

La calificación que ha hecho la parte convocada sobre las obligaciones de medio para aplicarlo al contrato, hace necesario definir si el contenido de las obligaciones adquiridas por Integrar-Assenda son de de medio o de resultado.

Las obligaciones de medio son aquellas en que el deudor debe obrar con diligencia y poner a disposición del objeto de la obligación todos los medios necesarios para obtener un resultado, pero sin que el deudor garantice que ese resultado lo va a obtener inexorablemente con el cumplimiento de sus obligaciones. En las obligaciones de resultado, el deudor se obliga a ejecutar sus actividades para conseguir el resultado determinado en el objeto de la obligación, con la garantía de que ese resultado será conseguido por el deudor.

La Corte Suprema de Justicia ha expresado las siguientes opiniones, en su sentencia de casación civil de mayo 31 de 1938: “Acontece que en materia contractual, cuando se trata de obligaciones de resultado, la noción de culpa es si se quiere menos importante....porque es suficiente con probar el incumplimiento de la obligación, que el resultado no ha sido obtenido por parte del deudor, para por esa misma circunstancia connotar la existencia de la culpa contractual: faltar a sus compromisos no es la conducta propia de un hombre juicioso, diligente y avisado”. “En las obligaciones de medio.....no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor, comprobar la existencia de una inejecución sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa para lo cual debe comprobarse la conducta del deudor, con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual, colocado en la misma situación objetiva de aquel. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad”.

En el contrato entre Eficacia-Integrar, ésta última se obligó a suministrar, vender equipos de hardware, licencias de uso de software, a prestar los servicios de consultoría y desarrollos para la integración, implementación, instalación plan de pruebas, puesta en funcionamiento del sistema integrado y la integración de los

diferentes subsistemas que conforman el sistema integrado, la capacitación al personal de Eficacia; a prestar el servicio de garantía del sistema integrado y a vender los equipos necesarios para la instalación y correcto funcionamiento del sistema integrado y puesta en marcha de un sistema de información integrado para todas las empresas que conforman el Grupo Corporativo Eficacia, y a suministrar los equipos necesarios para la adecuada implantación y funcionamiento del sistema integrado.

La declaración de obtener un resultado de la ejecución de las obligaciones de Integrar, hoy Assenda, lo hizo ésta empresa en la cláusula numeral 4.3, en la que indica que “INTEGRAR garantiza el correcto funcionamiento del sistema integrado en los equipos informáticos ofrecidos, para el ambiente de desarrollo y pruebas pues la misma es definitiva. La configuración ofrecida del ambiente de producción es sugerida y será validada durante el proyecto posteriormente a que INTEGRAR realice una medición de performance y de esa manera puede establecer la configuración y el dimensionamiento definitivo”.

En la cláusula vigésima numeral 20.1 del contrato, las partes definen lo que se entiende por correcto funcionamiento de los productos y servicios suministrados y adquiridos en cumplimiento del objeto del contrato, en los términos siguientes: “(i) Que los productos y servicios ejecuten las funciones que le son propias y para los cuales fueron diseñados, de acuerdo con los términos especificados en la documentación del producto; (ii) Que los productos y servicios suministrados sean aptos para el servicio para el cual fueron adquiridos....(iii) Que los productos y servicios suministrados cumplan los requisitos mínimos definidos previamente por Integrar establecidos en la Oferta Mercantil y/o sus anexos para el recibo a satisfacción por parte de Eficacia. (iv) Que los productos y servicios suministrados cumplan exitosamente las pruebas específicas señaladas en la Oferta Mercantil y los documentos que hacen parte del mismo.”

Para hacer más claridad en la conceptualización anterior, por la importancia que implica la aclaración del concepto frente a las manifestaciones del apoderado de la convocada, con apoyo jurisprudencial y doctrinal el Tribunal considera oportuno reflexionar sobre la *distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado y entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva*. Anteriormente se indicó la distinción entre obligaciones de medio, también llamadas “obligaciones de diligencia”, y obligaciones de resultado o también

denominadas “obligaciones determinadas”. En efecto, se trata de una distinción que, aunque contemplada al principio para explicar la responsabilidad contractual, tiene sin embargo un alcance general y no es exclusiva de las obligaciones contractuales. La distinción entre las dos clases de obligaciones depende de su contenido. El deudor está obligado a procurar un resultado determinado al acreedor o está obligado simplemente a hacer todo lo que tenga derecho de esperarse de un deudor normalmente diligente para procurarle satisfacción al acreedor, sin que esté obligado a garantizar esa satisfacción. En otras palabras, si la obligación es de resultado, por el simple hecho de que este resultado no se ha alcanzado, se podrá suponer que las condiciones de la responsabilidad del deudor están dadas, salvo prueba en contrario de un hecho que no le es imputable. Si la obligación no es sino de medio, ya que el deudor no se compromete sino a hacer lo posible para que el acreedor obtenga satisfacción, corresponde a este probar que no hizo lo que debía hacer, lo cual es atinente a la prueba de que incurrió en la culpa. Lo cierto es que la distinción de las dos clases de obligaciones, como lo veremos, es más compleja por cuanto ciertas obligaciones de resultado son más estrictas que otras y por que las obligaciones de medio a veces deben combinarse con una presunción de culpa en contra del deudor. Sin embargo, ésta distinción corresponde a una realidad que es indiscutible, aun cuando se haya llegado a criterios diferentes. En realidad, estas críticas se refieren sobre todo a la dificultad de encontrar un criterio satisfactorio entre las dos categorías de obligaciones y no el principio de la distinción propiamente dicho.

Esta clasificación tiene el gran mérito de explicar lo que se hubiera podido considerar como una incoherencia del Derecho en cuanto a la dualidad de los regímenes de la responsabilidad contractual. Además, fue incorporada por la jurisprudencia al derecho positivo francés y ha sido aceptada, ya sea expresamente por las jurisprudencias extranjeras, como la colombiana, ya sea por la doctrina para darles coherencia a las soluciones del derecho positivo o por las altas cortes por creación jurisprudencial. En su origen, la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, tuvo simplemente por objeto explicar las diferencias de tratamiento del deudor contractual de quien se creía que no era responsable sino cuando había incurrido en culpa, sin importar que la obligación fuera de resultado o de medio. Si la obligación es de resultado, la culpa consiste en no procurar el resultado prometido, puesto que el daño es imputable a la actividad del deudor. En otros términos, la inejecución de una obligación de

resultado imputable a la actividad del deudor constituye una culpa. En cambio, si la obligación es de medio, por regla general el simple hecho de la inejecución, o sea, la no satisfacción del acreedor, no basta para declarar culpable al deudor. Es menester que el acreedor pruebe que el deudor no hizo todo lo que él tenía derecho a esperar que hiciera un deudor diligente. Por lo tanto, en ambos casos la responsabilidad del deudor se fundamenta en la culpa. En realidad, nos podemos preguntar si la distinción de las dos clases de obligaciones no corresponde, en las aplicaciones de la jurisprudencia, a la distinción entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, y la respuesta parece ser bastante afirmativa en cuanto a esta última.

La mayoría de los autores franceses de la actualidad, utilizan todavía la distinción entre las dos clases de obligaciones para explicar las diferencias de régimen de una responsabilidad contractual, que siempre se basaría en la culpa del deudor. La culpa supone que se emita un juicio de valor sobre el comportamiento de un deudor para determinar si obró bien o mal. Si la obligación es de medio, es indiscutible que se procede de este modo y que la responsabilidad del deudor no puede ser sino una responsabilidad subjetiva. Pero no ocurre lo mismo cuando la obligación es de resultado. En este caso no se emite ningún juicio sobre el comportamiento del deudor. Ni siquiera es posible emitir tal juicio, puesto que desde el momento en que no se obtiene el resultado al cual estaba obligado, es responsable, sin poderse demostrar que se comportó bien y que hizo todo lo posible para llegar a ello. Puesto que no es dable juzgar la conducta del deudor, no es posible basar en la culpa la responsabilidad por inejecución de una obligación de resultado, puesto que la inejecución de esa obligación conduce a una responsabilidad sin culpa. Sin duda alguna, la responsabilidad por inejecución de una obligación de resultado no es necesariamente en todos los casos una responsabilidad inevitable.

En efecto, el deudor normalmente escapará a su responsabilidad si está en condiciones de probar una causa extraña que no le es imputable. Pero si es cierto que con frecuencia, en la hipótesis de una causa extraña, esto es, de una acción originaria del daño que no es imputable al deudor, hay también falta de culpa del deudor, ello no impide que la prueba de una causa extraña no corresponda lógicamente a la prueba de una falta de culpa. La prueba de la falta de culpa, lo mismo que prueba de la culpa, supone un juicio formulado sobre la conducta del responsable mencionado, en el caso presente, el deudor contractual. Por el

contrario, la prueba de una causa extraña prescinde de todo juicio sobre la conducta del deudor. No se trata de considerar, al probar una causa extraña, que el deudor no incurrió en culpa, sino de hacer admitir que el comportamiento del deudor, culpable o no, no es el origen del daño sufrido por el acreedor; dicho de otro modo, la prueba de una causa extraña no se refiere sino a un problema de causalidad, pues ella destruye el vínculo de causalidad que, en caso de inejecución de una obligación de resultado, se presume entre la actividad del deudor y el daño sufrido por el acreedor a causa de la inejecución.

Todas las responsabilidades objetivas, tanto en materia contractual como en materia extracontractual, son obligaciones de reparación que descansan en el solo vínculo de causalidad entre la actividad de una persona y el daño sufrido por otra; de ahí el nombre que a veces reciben de responsabilidades causales, lo cual demuestra que la causalidad no tiene que calificarse desde el punto de vista de la culpa. Ella basta por sí sola para fundamentar la responsabilidad, pues responsabilidad por inejecución de una obligación de resultado corresponde perfectamente a eso. Al fin y al cabo, la inejecución de una obligación, aún cuando sea imputable al deudor, por sí sola no podrá constituir una culpa, ya que la culpa resultará del juicio emitido sobre el comportamiento del deudor. En ciertas circunstancias, es menester formular ese juicio, pero en otras, no es necesario, puesto que la responsabilidad es objetiva. Cuando la responsabilidad es objetiva, la única manera de escapar a ella es probando una causa extraña.

De las cláusulas anteriores se deduce claramente que las obligaciones adquiridas por ASSEDA son obligaciones de resultado, y no simplemente de medio.

CAPITULO XI

LA EJECUCION DEL CONTRATO

En este punto del Laudo, y para los análisis referentes a determinar el cumplimiento o incumplimiento del contrato, es menester entender la estructura que las partes dieron a su relación contractual desde las etapas precontractuales a través de las cuales se fue construyendo la relación obligacional que quedó plasmada en la Oferta Mercantil que la convocada presentó a la convocante, la cual como se aprecia de su texto no se integra por sí sola sino con el resto de los

anexos citados en ella, que a su vez fueron fruto de lo que en la etapa precontractual construyeron las partes, en el necesario entendimiento de lo que constituiría el objeto principal de la relación contractual y la manera como necesariamente debían realizar todas las actividades planeadas y estudiadas plenamente para que se consiguiera con éxito el emprendimiento de ejecutar el contrato en los términos y condiciones convenidas por las partes, teniendo como premisa la necesidad que expresó la convocante de obtener una herramienta tecnológica que le permitiera de manera eficiente administrar los diferentes procesos administrativos al interior de su empresa y la capacidad y conocimiento del tema que en toda su extensión ofreció la convocada para dejar satisfechas con éxito y garantía las necesidades de la convocante, todo esto como se dejó expreso en los términos y condiciones de la Oferta, al definir su objeto en los puntos 1.1 a 1.5 de la misma, fechada el 01 de febrero de 2006.

En efecto para la presentación de la oferta por parte de la convocada a la convocante se surtieron las siguientes etapas:

1.- En Julio 11 de 2005, Eficacia remitió comunicación de esa fecha a la firma Integrar hoy Assenda invitándola a ofertar para el proyecto “ADQUISICION E IMPLEMENTACION DEL SISTEMA DE INFORMACION INTEGRADO PARA EL GRUPO CORPORATIVO EFICACIA”, oferta que contenía el objetivo de la misma descrito así: El Grupo Corporativo Eficacia tiene como objetivo la adquisición, instalación y puesta en marcha de un sistema de información que integre la funcionalidad y los datos de manera natural de la gestión laboral, gerenciamiento de clientes, compras, conocimiento y desarrollo del mercado, gestión de comercialización, seguimiento al servicio, administración de talentos, cumplimiento de requisiciones, pago a personal, facturación, aportes parafiscales, gestión de recaudo, seguimiento y control financiero, gestión de talento humano, presupuesto, almacén e inventarios, cuentas por pagar, activos fijos, recaudo, contabilidad, dentro de un sistema administrativo, financiero y de recursos humanos integrado para optimizar la gestión operativa y administrativa de sus empresas.

Además de los subsistemas relacionados en el párrafo anterior se requería integrar módulos de costeo ABC, Balanced Scorecard y gestión a la calidad.

El objetivo era llegar a una propuesta económica en la cual deberían incluirse todos los elementos de referencia relacionados con el objeto de éste proceso, por ejemplo: requerimientos técnicos, hardware, comunicaciones, desarrollos, capacitación, licencias, software base, etc., y requerimiento de personal, costos, tiempos, hojas de vida, cronogramas y la metodología a ser utilizada. Por su parte el oferente debería incluir en la propuesta todos aquellos requerimientos adicionales que considere necesarios.

Un aspecto importante de la invitación a ofertar es la descripción que en ella se hace de la tecnología actual de Eficacia, el software que posee, complementándose esta información con la descripción del sistema que opera al momento de formular la invitación.

Explica EFICACIA que la motivación del proyecto está fundamentada porque a ese momento no dispone de una herramienta que permita la integración de los datos en una fuente única, con un rendimiento de máquina adecuado y con una plataforma parametrizable y flexible, que suministre información gerencial y sea estándar para todas sus aplicaciones, esperando EFICACIA contar con una tecnología de punta que solucione sus necesidades.

Importante de destacar en la invitación, es el punto 3.10 que regula los plazos en que se definen las actividades, lugares y fechas programadas en el proceso de invitación, el cual contiene una tabla de las actividades y cronogramas que debe revisar el ofertante para la elaboración de la propuesta, todo dirigido a que éste disponga de la mayor información, conocimiento de EFICACIA y sus negocios para que así pueda dimensionar todo el campo de actividades a realizar, incluyendo visitar clientes de los proveedores, instalación de locaciones de prueba, hacer las pruebas por cada proveedor, exigiendo que para iniciar, ya debe haberse hecho la parametrización por parte de los proveedores seleccionados y ya deben estar listas las locaciones de prueba.

Como todas las invitaciones a ofertar, el documento contiene las instrucciones para el ofertante, de los elementos que debe presentar con su oferta para la validación y escogencia si fuere del caso de la mejor oferta que se reciba. Entre esos aspectos deberá indicar el oferente: El plazo de implementación, la capacidad legal para contratar, los requisitos que debe cumplir, el lugar donde se realizará la labor de la oferta, los documentos de la invitación, las modificaciones

que a los requerimientos técnicos pueda presentar la invitante antes del plazo para el vencimiento de las ofertas, la explicación de las condiciones de la oferta. Contiene el documento de invitación un cronograma de actividades, que debe validar el ofertante para la capacidad de ejecución de la oferta, el idioma en que se debe presentar, la descripción de la compañía ofertante, el grupo de trabajo, la metodología de trabajo, clientes actuales en procesos similares, las garantías que asegurarán los elementos usuales en este tipo de ofertas, la propuesta económica y la propuesta de condiciones contractuales, con un modelo de contrato que permita identificar las condiciones planteadas por el oferente, las cuales se describieron en la oferta.

Como Anexo A de la invitación a ofertar se presentaron los requerimientos adicionales y funcionales, en un extenso documento que obra en el proceso como anexo de la referida invitación, en el cual se describen las áreas en que se desarrollarán los sistemas requeridos calificando su prioridad como media, alta o baja y demás condiciones técnicas requeridas por la oferente, todo ello obviamente para conocimiento en la preparación de la oferta y la asunción de las obligaciones propias de quien se encarga de ejecutar ese tipo de actividades para garantizar el resultado contenido en la oferta.

2.- Como anexo 2 a la oferta mercantil aquí referida, se presentó por Integrar a Eficacia en diciembre de 2005, la denominada oferta inicial, en la cual bajo el rotulo de “PROPUESTA SISTEMA INTEGRADO DE INFORMACION ORACLE-ADAM”, en la cual describe el contenido de su oferta, que se condensa en los siguientes puntos: **2.1.** Alcance funcional de la solución en la cual describe de manera técnica y detallada las actividades a que se obligaría Integrar, describiendo los alcances en cada uno de los módulos a que invita ofertar Eficacia. **2.2.** El estudio comprende la denominada gerencia del proyecto en sus diferentes módulos, describiendo por funciones las personas que actuaran en las diferentes actividades del proyecto, los módulos que contienen, los usuarios y las actividades de los equipos de trabajo que realizarían las actividades ofertadas, los planes de trabajo, y en general toda la información relevante requerida por Eficacia para calificar la oferta. **2.3.** Se contiene en el documento referido el organigrama del proyecto, describiendo los roles y responsabilidades del equipo del proyecto incluyendo la definición del equipo por cada uno de sus componentes y actividades. **2.4.** Por último el documento describe la denominada infraestructura (plataforma de hardware), desde el punto de vista de los

requerimientos de Eficacia. Igualmente se describe la arquitectura del hardware IBM para OEBS.

3.- Como parte del anexo 2 antes mencionado, con fecha 12 de agosto de 2005, se incluye en la Oferta Mercantil de febrero 01 de 2006, el documento denominado “UNA PROPUESTA DE VALOR DE INTEGRAR S.A.”, en la cual se contiene información de las empresas que intervienen en el proyecto, sobre experiencias en proyectos similares y en otros países, los productos y servicios, para satisfacer necesidades actuales y futuras del mercado, su capacidad de asesorar en optimización del uso de infraestructura tecnológica conformando las mejores plataformas computacionales que responden a las necesidades de los clientes, su asesoría en el proceso de licenciamiento y legalización de software, manejo de redes corporativas, cableado estructurado, soluciones de acceso móvil o remoto, servicio de soporte, descripción de sus alianzas para los diferentes servicios que presta, la descripción de Data Tecnología Ltda. con sus características y experiencia, las labores de ORACLE e-Business. En general este documento es abundante en información que resalta los valores de ASSENDA y su capacidad funcional y corporativa para ofrecer las soluciones requeridas por Eficacia. De otra parte, y de manera más concreta el mismo documento refiere de manera biográfica el grupo de trabajo, todos profesionales que según sus hojas de vida reflejan un claro conocimiento de las tareas a realizar. Igualmente se describe la metodología de implantación como se pretende ofrecer, para garantía del éxito del proyecto, casi en forma de manual, e inclusive indicando que *“todos los proyectos de tecnología implican riesgos”* y las actividades que deben realizar los gerentes del proyecto para identificarlos y minimizar su impacto; proclamando el trabajo en equipo y la capacidad del gerente del proyecto para actuar como un director de orquesta, dirigiendo a todos los miembros del equipo para que juntos ejecuten un tema común. Se predica en la misma herramienta documental, la necesidad de producir un documento formal para registrar acuerdos y decisiones, con los cambios que se producen en el entorno comercial y técnico, los ajustes de personal y la complejidad de los proyectos, debiendo el equipo del proyecto contar con herramientas para rastrear el proceso de toma de decisiones y evitar la duplicación de esfuerzos y las discusiones redundantes. Comenta el documento la capacidad de ASSENDA de planificar el proyecto hasta que esté finalizado.

En este sentido ASSENDA brindará a Eficacia el apoyo necesario para la completa implementación del proyecto y expresando que *“El cierre del proyecto*

marca el comienzo de la vida útil del sistema”, sosteniendo que los gerentes del proyecto de ASSENDA creen que el triunfo llegará al final del proyecto, cuando Eficacia comience a cosechar sus frutos. Detalla el documento las fases del proyecto, la metodología AIM para la aplicación de ORACLE, con las siguientes características: Cumpliendo plazos dentro del presupuesto, satisfaciendo los requerimientos de la organización y de los usuarios, requiriendo menos mantenimiento, brindando una sólida plataforma para futuras mejoras. Se describe que el gerente del proyecto de ASSENDA y el de Eficacia son responsables del monitoreo del grado de avance del plan de trabajo y su actualización en función del avance real, los cálculos de los tiempos necesarios para completar las tareas inconclusas, la disponibilidad de recursos y las modificaciones aprobadas al alcance del proyecto. Es muy explicativo sobre el monitoreo y presentación de informes, definiendo los responsables y los tiempos de presentación de los mismos. Explica el texto en análisis el procedimiento para solicitud de cambio de alcance, precisando que ASSENDA o Eficacia podrán iniciar el proceso de solicitud de cambio o consulta siempre que exista la necesidad de que se produzca un cambio que afectara los costos totales, el cronograma o la funcionalidad del proyecto, revisándose toda propuesta frente al grado de avance del proyecto y llevando el control de los realizados y no realizados, utilizando para ello un documento de control de alcance estándar. ASSENDA evaluará el impacto de las cuestiones planteadas por el equipo del proyecto. El mismo gerente de ASSENDA fijará prioridades y asignará el pedido al miembro del equipo designado de esos efectos. En fin el documento indica cómo se evalúa el cambio, como se aprueba e incrementa, cómo es el procedimiento estándar para manejo de propuesta de cambios.

El escrito en análisis mira la administración del riesgo y sus problemas, debiendo ASSENDA, como así lo ofrece, revisar los proyectos periódicamente para detectar precozmente los riesgos, todo dirigido a buscar el cumplimiento exitoso del proyecto. Describe el proyecto los roles y responsabilidad del equipo ASSENDA, definiendo las funciones hacia ese fin. Se describen responsabilidades compartidas, pero también se identifican otras a cargo de los consultores funcionales de ASSENDA, quienes son los responsables de examinar los requerimientos de negocio de Eficacia y “mapearlos” con las aplicaciones de Oracle, colaborando en el análisis y creación de los modelos funcionales apropiados a los requerimientos del proyecto. Para este efecto el mismo documento declara, que los consultores técnicos de ASSENDA conocen en

detalle el soporte tecnológico de las aplicaciones, su arquitectura de sistemas y de datos, son responsables de la provisión de estándares para el uso de la tecnología y asistencia a otros miembros del equipo y en caso de requerir extensiones o interfaces, serán responsables por el diseño y apoyo a Eficacia en el desarrollo de las mismas dadas las especificaciones funcionales. Por la razón anterior los consultores técnicos que se proponen para el proyecto poseen las siguientes características: conocimiento de la arquitectura técnica de las aplicaciones de Oracle; experiencia en modelamiento de aplicaciones y en el diseño de extensiones, experiencia en el diseño y construcción de interfaces a las aplicaciones Oracle, experiencia en tuning de aplicaciones y ofrece los estándares para utilizar la tecnología.

El documento enuncia el equipo de Eficacia, expresando que es de fundamental importancia la inclusión de profesionales de Eficacia con los roles que se definen así: sponsor del proyecto, responde del presupuesto y los pagos con clara idea de los beneficios para el negocio, es responsable por la firma del fin del proyecto. El gerente del proyecto, será un líder funcional y tendrá a su cargo la revisión del proceso general y validación de las decisiones de los usuarios, teniendo una relación directa con el gerente del proyecto de ASSENDA y facilitará el acceso directo e inmediato de especialistas en todos los temas del proyecto. Procurará resolver problemas de logística, acceso al personal así como hechos que puedan afectar el éxito del proyecto. Los analistas, usuarios claves que se conectan directamente con el equipo del proyecto, trabajan juntos para resolver problemas y cuestiones del alcance funcional, participan en las definiciones y diseños de modelos de datos y las pruebas de integración de las aplicaciones. Serán los interlocutores de los usuarios finales. Se describen las funciones de OYM y su equivalente, las de los analistas técnicos, que desarrollan las interfaces con los sistemas Legacy de acuerdo a las especificaciones entregadas por ASSENDA. Se define la administración del sistema en todas sus fases técnicas. Se identifican responsabilidades de Eficacia, quien deberá tener suficiente personal para lograr una implementación exitosa del proyecto, teniendo como responsabilidades: La construcción de las interfaces de los sistemas Legacy, la calidad de los datos provenientes de los sistemas Legacy, el mantenimiento de los entornos de desarrollo, prueba y producción, la provisión de los servicios de hardware, software, red e instalaciones de oficina para ASSENDA, facilitar el acceso a usuarios comprometidos con brindar información, feedback y aprobaciones a

ASSEENDA en forma prioritaria y apoyo al equipo de implementación aprobando los entregables en un plazo no menor a 3 días.

Se describen los principales entregables en cada una de las etapas planteadas del proyecto así: entregables de la fase de definición y estrategia con su alcance objetivo y enfoque y su plan de trabajo; entregables de la fase de análisis y diseño de la solución, que documenta los eventos del negocio a cubrir al detalle, realiza el análisis de procesos futuros y el gap de los mismos y la instalación en ambiente de desarrollo; entregables de la fase de construcción, describen los resultados de una prueba de sistema exitosa y las recomendaciones para refinar las soluciones generales del negocio. Se certifica la aceptación para el sistema de negocios; entregables de la fase de transición y producción; el entorno de producción se prepara y se instala para la configuración de aplicación y la conversión de datos (sólo saldos de cuentas y tablas maestras); inicia producción y apoyo a post producción. Los entregables por sí solos no implican aceptación. ASSEENDA reconoce que los temas pendientes pueden alterar el cronograma y su gerente de proyecto deberá comunicar cualquier cambio en el cronograma a medida que vaya cambiando el plan. Si Eficacia no aprueba el entregable en los 3 días hábiles para revisarlo, deberá comunicar a ASSEENDA el rechazo dando las razones detalladas de su no aceptación y proponer los cambios para que el entregable sea aceptable. Si el entregable no es rechazado en el plazo referido se entiende aceptado y posteriormente se analizará el procedimiento de control de cambio para introducir cualquier modificación a los entregables aceptados.

El documento en comentario se refiere a la estrategia de metodología y migración de datos. El apoyo que ofrece ASSEENDA se refiere al mapeo de la información tal como lo requiere e-Business Suite de Oracle, una vez cargada la información en las tablas y archivos planos con el detalle exigido por la solución y se hace el cargue a través de la application program interfaces. Se explica en forma gráfica, el cubrimiento de la consultoría de ASSEENDA, describiendo además del proceso tecnológico las labores de ASSEENDA y Eficacia, quedando claramente expuesto los trabajos que debe ejecutar cada uno, definiendo las expresiones automático o manual.

Presenta el tema SQL-SOFT para recursos humanos, desde la reunión inicial con el cliente, la preparación de los recursos informáticos, el cronograma de

presentación, la instalación de Oracle y sus herramientas, su verificación, la instalación del producto.

Se presenta igualmente la tecnología de Adam, a través de la misma consultoría, identificando el proceso de implantación que se soporta en la metodología AIM que aprovecha las mejores prácticas de Adam para un rápido uso de la aplicación, acortándose los tiempos de la misma y un proceso de mejora continua en que el cliente maximice el potencial. Se habla de la estrategia de implantación definiendo las diferentes etapas y módulos del programa, el equipo de trabajo, los roles y funciones de los integrantes del equipo que trabaja el proyecto, los requerimientos de disponibilidad de tiempo, asignados en porcentajes y horas de trabajo, los recursos materiales.

Se habla de la metodología de GAUSS para costos y presupuestación, describiendo la metodología de la implantación, las condiciones del cargue, el cargue del software, las actividades de capacitación, la entrega final y la capacitación en el aplicativo de presupuestación.

Se describe el sistema integrado de información Oracle e-Business Suite, para automatización de tareas, reducción de la labor operativa y mejoramiento del proceso analítico, indicándose que el sistema de información integrado manejará las funcionalidades de gestión laboral, gerenciamiento de clientes, compras, conocimiento y desarrollo del mercado, gestión de comercialización, seguimiento al servicio, administración de talentos, cumplimiento de requisiciones, pago a personal, facturación, aportes parafiscales, gestión de recaudo, seguimiento y control financiero, gestión de talento humano, presupuesto, almacén e inventarios, cuentas por pagar, activos fijos, recaudo, contabilidad, todo dentro de un sistema administrativo, financiero y de recursos humanos integrado para optimizar la gestión operativa y administrativa de sus empresas. El documento refiere que ASSENDA está involucrando a sus socios de negocio SQL software y Data Tecnología para las dos alternativas de solución. Se relaciona la lista de los módulos Oracle que consideran necesarios para el cumplimiento de los requisitos expresados por Eficacia en sus documentos de calificación, agregando la descripción funcional de los productos listados.

Para el sistema de recursos humanos describe la solución informática diseñada para maximizar la productividad de los recursos de liquidación de nómina y

administración de recursos humanos (QUERYX SRH). Describe la lista de los módulos de administración básica, los módulos de beneficios y los módulos de gestión humana, todos relacionados con el sistema de recurso humano. Se utilizará el programa ADAM, bajo los siguientes módulos de operación en el módulo de gestión y el de valor agregado, Adam Messenger definiendo las condiciones de licenciamiento, el contrato de mantenimiento y el soporte Adam, que se contrata de manera separada, conteniendo el escrito el detalle de los costos.

En lo referente a Gauss para costos y presupuestación, se define los alcances de requerimiento de control financiero y la extensión de las labores de ASSENDA frente a los requerimientos de Eficacia, los requerimientos de recurso humano, e alcance de costos ABC y de presupuestación así como los productos entregables, costos ABC y las licencias de uso de los aplicativos tanto en costos como en presupuestación. Se garantiza por el fabricante del software Gauss y Planning que cuando sea usado en el hardware definido, los entornos operativos especificados y para la aplicación prevista, el programa se ajustará sustancialmente a sus especificaciones, así como la vigencia de la garantía y las excepciones a la misma.

Presenta el documento el listado de clientes actuales de Assenda que utilizan las metodologías referidas y relacionadas en el ofrecimiento a Eficacia.

Por último presenta su propuesta económica, en pesos para la licencia, implantación, desarrollos, impuestos, migración y costos adicionales, aclarando que no constituye la oferta económica que se plasmó en la Oferta Mercantil de febrero 01 de 2006 por la cual se constituyó la relación comercial entre las partes materia del presente arbitramento.

A título de información adicional el documento en análisis en su parte final se refiere al enfoque de la capacitación y las personalizaciones con la respectiva moneda a ser realizada en el proyecto, indicándose que Assenda realizará el análisis detallado y las llevara a cambio.

Finaliza el documento con los denominados supuestos, entre los cuales se dice que Eficacia tendrá a su cargo el manejo del cambio para poder adaptarse a los nuevos procesos en paralelo con la implementación, actividad importante para

manejar el proyecto bajo el alcance y costo ofrecido. Se prevé que Eficacia pueda adaptar el sistema con las mejores prácticas que sugiere el software tratando siempre de no hacer personalizaciones a los flujos estándar de procesos para igualarlos a los actuales. Además Eficacia realizará la conversión de datos de su sistema Legacy, siendo responsable de la limpieza y homologación de los datos, siempre con la consultoría de Assenda para el mapeo de Oracle. Assenda realizará escenarios de prueba basándose en los Script entregados por Assenda que contemplen los procesos definidos y casos completos (del día a día y extremos) para la prueba y aceptación del sistema.

Terminada la fase de definición se confirmará el alcance y estimación del proyecto, teniendo Assenda a su cargo la asesoría en cuanto al mapeo para la alimentación de interfaces de sistemas alternos a la e-Business Suite de Oracle.

4.- Como refiere la Oferta Mercantil de febrero 01 de 2006, forma parte de ella el Anexo 3, denominado "DOCUMENTO DE NEGOCIACION", por el cual previo a la presentación y ejecución de la Oferta, Assenda y Eficacia en reunión del día martes 20 de diciembre de 2005, determinaron las bases de la negociación y lo que sería la guía para la ejecución de la Oferta, ya definida en ese entonces a favor de Assenda. El documento en mención en su parte introductoria expresa: *"El presente documento contiene los puntos discutidos y acordados en reunión de negociación sostenida entre Eficacia y Assenda r el día martes 20 de diciembre de 2005"*.

Describe el escrito referido el detalle de la metodología AIM, la cual contempla todos los plazos de la implantación del proyecto y una fase específica de post producción. Adicionalmente la implantación de Adam se hará con esta metodología y el proyecto a nivel global mantendrá los lineamientos metodológicos del PMI, detallando el documento la metodología AIM de Oracle para administrar y guiar el proyecto de implantación, que tiene como atributo la celeridad del proceso y entregar rápidamente los *"Entregables del proyecto"*, resaltando que el enfoque estructurado de AIM adapta el proyecto a la medida de las necesidades exclusivas de Eficacia. Desde la definición de su misión y estrategia hasta el uso de sus nuevos sistemas, AIM abarca todos los pasos esenciales del proyecto para minimizar su riesgo y facilita una implantación rápida y de alta calidad, conteniendo la metodología, puntos de control de calidad que permiten coordinar las actividades del proyecto que tienen un objetivo común.

Refiere el documento que para efectos de validar los procesos de mejoras practicas vs las operaciones propias de Eficacia, se realizará un taller de validación de flujos de procesos para los actuales vs los procesos futuros sugeridos por Oracle, tanto con usuarios lideres como operativos en donde se espera lograr definir el mejor proceso en términos de la compañía contando como vía la información disponible actual de Eficacia. Esta prueba permitirá determinar detalladamente los requerimientos específicos del sistema y la validación inmediata por parte de los consultores de la viabilidad en el sistema.

Se describen las fases que forman parte del enfoque de la aplicación AIM, distinguiendo entre la descripción a nivel general pero que la metodología será usada para la implantación del esquema de special edition, donde posiblemente actividades mencionadas en la metodología no serán ejecutadas, por ya estar definidas. En el orden anterior, se encuentra la fase de definición, donde se identifican los requisitos comerciales y de sistemas, se propone el modelo de negocio futuro y determina la arquitectura informática y uso de la aplicación. El análisis de operaciones reúne información y requisitos de procesos de gestión, técnico y de usuario final, el equipo crea un modelo para la estructura de la aplicación y sugiere una arquitectura técnica general. En el diseño de la solución, crea la solución de procesos de negocio que satisfagan los requisitos futuros del negocio. Durante esta etapa se crean narrativas detalladas de los procesos que fueron determinados combinando las funciones de la aplicación con los requisitos comerciales durante el análisis de las operaciones, entre otras cosas, identificando los cambios de proceso y organizacionales requeridos para la implantación. En la construcción de la solución se desarrolla, codifica y prueba todas las extensiones personalizadas, incluyendo mejoras, conversiones e interfaces.

En la transición el equipo del proyecto despliega la aplicación terminada en la organización, depende de la fase de construcción para que el sistema este totalmente probado. Producción comienza de inmediato con el corte de la fase de transición y marca la última fase de la implantación y el comienzo del ciclo de soporte del sistema, incluye actividades de refinamiento y medición.

Describe el documento para cada una de las fases vistas anteriormente cada uno de sus entregables en su objetivo y plan de trabajo, los cuales describen las actividades del proyecto.

El documento de negociación definió el enfoque y alcance del PMI, definiendo sus fases principales a saber: Iniciación, que recoge todas las actividades relacionadas con los acuerdos entre las partes en cuanto alcance, tiempo de ejecución de las actividades, costos, aspectos comerciales, confidencialidad y demás términos y condiciones inherentes al desarrollo del proyecto, cuyo resultado, relata el documento de negociación es la aceptación de la oferta mercantil de febrero 01 de 2006. El alcance del proyecto tiene como base la documentación existente hasta la fecha de aceptación de la oferta, tales como RFP, y aclaraciones a la misma. Este alcance final será posteriormente refinado y definido en la base de planeación y se basará en los documentos antes descritos. La fase de planeación contempla, el alcance, el tiempo, el riesgo, los costos, la calidad, el recurso humano, las comunicaciones, los subcontratos y compras. Por cada una de estas dimensiones se desarrolla una planeación y se creará un documento y la suma de todas ellas se convierte en la planeación del proyecto y serán la base para la ejecución y control del proyecto, por lo cual como lo refiere el documento, *“el alcance definitivo del proyecto”* será el documento al finalizar la etapa de planeación con base en los flujos de trabajo identificados y en los aspectos metodológicos acordados en la planeación, consistiendo la fase de ejecución en realizar los planes acordados y formalizados en la fase anterior. En la fase de control, que se ejecuta en paralelo a la ejecución se asegura que los objetivos del proyecto están siendo cumplidos con respecto a lo documentado en la fase de planeación, mediante control y mediciones regulares al avance para detectar variaciones en la planeación y definir acciones correctivas y preventivas necesarias. Se establece en esta fase el mecanismo para recibir y aceptar o rechazar el requerimiento de cambios, mediante el impacto de esos cambios, formalizarlos y llevar a cabo la ejecución y documentación de los mismos.

Por último la fase de cierre consiste en formalizar la aceptación del cierre de cada una de las fases del proyecto y del proyecto mismo una vez sean cumplidos los objetivos establecidos y producir las comunicaciones correspondientes.

En el documento de negociación se miraron los contratos de soporte de Adam, Oracle y Sistemas Corporativos, definiendo los tiempos de apoyo de consultoría

post producción, aclarándose que después de la salida en vivo del sistema, Eficacia contará con un apoyo post producción mínimo como lo determinó el documento. Se dejaron establecidos los “*requerimientos estaciones clientes*” para Oracle EBS.

Se definieron las actualizaciones de versiones y proyecto de migración a favor de Eficacia pagando los soportes allí referidos.

Se habla de las licencias incluidas de desarrollo y plataforma de Oracle, como se describen en la negociación, al igual que las licencias RDV MS en EBS-ORACLE.

Durante la ejecución del proyecto, la administración del sistema estará a cargo de los consultores de implantación y Eficacia formará un administrador que pueda tomar después de la salida en vivo la administración del sistema completo. Para este fin Eficacia deberá tener unos conocimientos básicos DBA-ORACLE, que los consultores le enseñaran durante el proceso de administración. Se regula el periodo de aprobación de entregables, descuentos financieros por pago al día, el licenciamiento del ambiente de contingencia (EBS+TECH). Se prevé que Data Tecnología se compromete a desarrollar dentro de la aplicación una mejora que permita avisar al usuario las implicaciones de los cambios en las políticas que se hagan en un determinado momento. Se regula el tema de los Triggers, garantizando Data Tecnología que la implantación de facturación será hecha por un consultor entrenado en el módulo y con el apoyo de aseguramiento de calidad del consultor experto.

Se conviene el licenciamiento BI, (DBI. FINANCIAL Y CRM) embebido en el licenciamiento de Suite por tanto no habrá licenciamiento adicional ni soporte adicional. Se define el licenciamiento de Gauss y Planing y el soporte y actualización del primer año incluido en el licenciamiento inicial luego se pagará el soporte del 20%. Se determina que el descuento propuesto de licencias de Oracle es definitivo y se determina la escala de precios de licenciamiento futuro de Adam.

En este documento, se hizo referencia al documento de Sizing de IBM con Oracle y el Benchmark de Adam, se describe además el hardware ofrecido identificando las características del servidor IBM Pseries, Modelo 510, de 2 procesadores de 1.5 GHZ, 9 GB de memoria y las otras condiciones del mismo.

Se aprecia en el documento con el rotulo “*solución diciembre 16 de 2005*” el valor económico de la propuesta, en el cual se habla de las licencias, Mantenimiento de un año, consultoría y desarrollos con las explicaciones del detalle, para un total de \$2.340.806.762, valor que coincide con el que aparece en la Oferta Mercantil de febrero 01 de 2006 en el punto 5.1.

Continúa el documento de negociación sobre identificación de posibilidades de contingencias contra desastre, ofreciendo Assenda a Eficacia la posibilidad de que esta adquiera en el futuro dicho servicio.

Resalta el documento que Integrar tendrá dos figuras de dirección del proyecto. La primera y más importante es el gerente del proyecto, quien estará ciento por ciento dedicado en Eficacia en su dirección, será una persona certificada PMP para poder garantizar la valida aplicación de los lineamientos PMI. Adicionalmente Assenda tendrá un director de proyecto que se reunirá en Eficacia con la directora del proyecto de ella para seguimiento del mismo y apoyar la gerencia del proyecto. El director será el señor Vladimir Ortiz, gerente certificado PMP. Se ofrece el soporte de hardware, cinco (5) días a la semana, ocho (8) horas al día, cubrimiento durante todo el periodo de garantía es decir tres (3) años, sin pago alguno durante ese periodo a cargo de Eficacia.

Se ofrecen opciones de soporte en mejoras y adicionales posteriores al proyecto y capacitación formal de Oracle en algunos aspectos sugeridos en Eficacia.

La negociación indicó que la parametrización de Oracle e-Business Suite, Adam, Gauss y Planing se hará a las empresas radicadas en Colombia y Ecuador (Extras S.A., Eficacia S.A., Estrategis y Mercado S.A., Efisa S.A y Saextras S.A.), y durante la implantación del proyecto Eficacia entrenará personas para hacer las implantaciones en las otras empresas del grupo en el país y en el exterior así como nuevas unidades de negocio en el futuro. La negociación contempló que los miembros del equipo del proyecto de Eficacia o Extras definidos para el desarrollo de las actividades propuestas estarán disponibles y con la asignación de tiempo que se defina en la conformación del equipo. Eficacia proveerá espacios de trabajo y otros equipamientos requeridos durante el proyecto, incluyendo puestos de trabajo, impresora, sala de reuniones, accesos telefónicos, acceso a internet y demás inherentes al desarrollo del proyecto. Eficacia deberá proveer toda

información que requiera el proyecto de manera oportuna y sin limitaciones. Por último se hace claridad sobre puntos relativos al alcance, precisando que se realizará un levantamiento de información para cada proceso funcional del grupo, el cual tendrá un resultado modelo para todas las empresas, incluyendo Colombia y Ecuador, ajustando diferencias puntuales para cada una de ellas, para que ningún proceso quede por fuera del levantamiento de información. Assenda se comprometió a hacer un modelo de formato para cada tipo de documento usado por el grupo corporativo Eficacia respetando la legislación vigente como por ejemplo una orden de compra, una entrada de mercancía, un formato de cheque, un recibo de caja, una factura con los soportes específicos requeridos.

5.- Como anexo 4 de la Oferta Mercantil de 01 de febrero de 2006, está el denominado CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES, el cual hará parte de los entregables en la etapa de planeación del proyecto, conteniendo además un tentativo de pagos que será discutido y detallado en la etapa de planeación, conteniendo la descripción de los conceptos por licenciamiento y hardware en las diferentes aplicaciones del proyecto, lo referente a consultoría y los flujos de pago del proyecto.

6. El anexo 5, denominado PRECIO TOTAL, contiene el valor de la propuesta y refleja la suma de \$2.340.806.762.

7. El anexo 6, denominado EQUIPO DE TRABAJO, relaciona las personas y cargos de estas, nominadas por Assenda y Eficacia para las labores del proyecto.

El Tribunal ha realizado el análisis de los documentos referidos anteriormente, por cuanto encuentra de manera clara que tienen una muy estrecha relación con la forma y contenido como Assenda estructuró y presentó la Oferta Mercantil a Eficacia en el memorado escrito de 01 de febrero de 2006, toda vez que esta última fue fruto de todos los eventos contemplados en la invitación a ofertar, la oferta inicial, el documento de negociación, el cronograma de actividades, el precio total y la descripción del equipo de trabajo.

Los documentos referidos como antecedentes de la Oferta son prueba fehaciente para el Tribunal, que Assenda conocía al momento de elaborar la Oferta Mercantil citada, la empresa a la cual iba dirigida y aún más las actividades comerciales que esta realizaba, así como la infraestructura tecnológica que a ese momento la

soportaba, y por ello y en razón al conocimiento de esos factores aseguró y garantizó en el texto de la Oferta que estaba en capacidad de suministrar a Eficacia la solución integral que requería para el manejo administrativo, financiero y contable de la empresa, bajo la plataforma tecnológica que se obligó a diseñar en los términos de la Oferta que comprendía, la implementación, instalación y puesta en marcha de un sistema de información integrado para todas las empresas que conforman el grupo corporativo Eficacia como se indica en las consideraciones 1, 2 y 3 de la misma Oferta, donde interactúan las funcionalidades y los datos, según los términos del alcance descritos en la Oferta Mercantil y sus anexos y los términos de licenciamiento, soporte y mantenimiento descritos en los contratos con los fabricantes de software y hardware y que una vez suscritos, por aceptarse la Oferta forman parte de la misma.

De otra parte, los antecedentes analizados también ubican a Eficacia, dentro de la Oferta en el rol y funciones que cumplirían en la ejecución del proyecto, así como las actividades que debía desplegar, para facilitar el cumplimiento de la obligación principal de Assenda de ejecutar a cabalidad el objeto de la Oferta, en su alcance convenido y negociado, a través de los medios que debía emplear, sin que a juicio del Tribunal, y por lo que se describe en los documentos de responsabilidades de las partes, se puedan dichas responsabilidades refundir, confundir o traspasar de ofertante a ofertado y viceversa, pues como la propia Oferta lo dice, entre otros puntos en el 9.4 al regular *“obligaciones especiales respecto del plan de actividades”*: Assenda se obliga a direccionar y desarrollar el plan detallado de actividades con la participación activa de Eficacia, el cual deberá ser aprobado por las partes, entendiéndose que la responsabilidad sobre el documento será de cada una de ellas en la medida de su participación en la elaboración. Igualmente la responsabilidad sobre la ejecución de las actividades tendientes al logro del plan será de cada una de ellas en la medida de su participación en la ejecución del mismo. En igual sentido, se expresa en la Oferta en el párrafo primero del punto 20.04, en el cual al referirse a la responsabilidad por la calidad de los servicios objeto de esta Oferta y la forma como las partes toman decisiones se deja sentado que *“Integrar y Eficacia participarán en la toma de decisiones del proyecto y ejecutarán labores específicas dentro del mismo, asumiendo la responsabilidad por las decisiones que cada una adopte y la calidad de los trabajos que se acuerde le corresponde a cada una de ellas”*.

En los antecedentes referidos, ve el Tribunal de manera sencilla como quedaban distribuidas las cargas de responsabilidad por el resultado de las obligaciones que las partes adquirirían en su relación comercial, es decir se identificó el rol amplio y extenso de las acciones de Assenda para suplir lo ofrecido en la Oferta, dado el conocimiento de la tecnología propia del sistema integrado y su funcionalidad con las distintas aplicaciones del proyecto y naturalmente cumpliendo todo lo que fuera necesario, a fin, inherente y de la naturaleza de las actividades a realizar, para cumplir con el todo ofrecido del sistema integrado, y por su parte el aspecto obligacional de Eficacia, de cumplir las acciones que a ella competía para complementar aquellas acciones que Assenda debía realizar y en las que necesitaba de la necesaria cooperación de Eficacia.

Es claro que la mayor carga de responsabilidad y acción estaba a cargo de quien conocía y transfería la tecnología y por otra parte el grado de colaboración de quien recibía esa tecnología y debía servir de vehículo en lo que era necesario en las diferentes fases del proyecto para su avance, desarrollo y producción, obviamente sin sustituir al responsable principal de la obligación de hacer, representada está en la implementación, instalación y puesta en marcha del sistema de información integrado, incorporando de forma global los siguientes procesos y módulos: Gestión del talento humano, gerenciamiento de clientes, compras, conocimiento y desarrollo del mercado, gestión de comercialización, seguimiento al servicio, suministro de personas (reclutamiento, selección y contratación), cumplimiento de requisiciones, compensación salarial, facturación, aportes parafiscales, gestión de recaudo, seguimiento y control financiero, presupuesto, almacén e inventarios, cuentas por pagar, activos fijos, recaudo, contabilidad, CRM y costos que conformen un sistema administrativo, financiero y de recursos humanos integrado, que permitiera al grupo corporativo Eficacia optimizar la gestión operativa y administrativa de sus empresas, así como la adquisición por parte de Eficacia de los equipos necesarios para la adecuada implantación y funcionamiento del sistema integrado, este último de acuerdo a los estudios y sugerencias de Assenda, y la adquisición de las licencias de uso de software para el proyecto según lo ofrecido por Assenda.

ESTRUCTURA OBLIGACIONAL DE LA OFERTA

Con los elementos del análisis anterior, se procede por el Tribunal a identificar en los términos de la Oferta el alcance de su objeto, las obligaciones de las partes y la dimensión de la responsabilidad de estas últimas en los resultados de la

ejecución de la Oferta, con el propósito de concluir sobre el incumplimiento imputado a la convocada, y las excusas que para dicho incumplimiento presenta la última, argumentando a su turno el incumplimiento de obligaciones a cargo de la convocante.

Como se analizó en el aparte anterior, para llegar a la Oferta y su presentación por Assenda a Eficacia, Assenda había recorrido un largo camino de información, negociación de procedimientos y práctica de pruebas piloto que le daban el suficiente conocimiento para estructurar la Oferta en todos sus términos y condiciones y con base en el conocimiento tecnológico de los propios sistemas y módulos a implantar, así como de funcionamiento y operación de eficacia, asumir la responsabilidad que se describe en el texto de la Oferta, y por qué no referirlo, para todos aquellos aspectos necesariamente relacionados con la técnica de las soluciones, que por la naturaleza de la obra estaban asociadas y corrían a cargo de Assenda. No escapa al Tribunal, que a cargo de Eficacia, la Oferta también describe las actividades y responsabilidades que le competen desde la posición de beneficiario del sistema integrado a implantar, el cual requería de su colaboración en aquellas actividades descritas en la oferta y en los antecedentes, sin que estas actividades comprendieran el núcleo central del objeto de la Oferta, pues contenían más unas funciones de operación y colaboración, que la propia obligación de hacer a cargo del oferente de los conocimientos tecnológicos requeridos para cumplir la Oferta. El director del proyecto y responsable directo del mismo era Assenda, quien tenía los controles para prevenir riesgos y contingencias y debía aplicarlos de acuerdo a la tecnología que ofreció seguir para ello, según lo refieren los antecedentes de la Oferta y el beneficiario del objeto de la Oferta y beneficiario de la obligación de hacer a cargo de Assenda, naturalmente era Eficacia, con sus correlativas obligaciones que debían servir de medio para que aquella pudiera cumplir su cometido.

En el orden anterior, y no obstante el esbozo general que de la Oferta Mercantil del 01 de febrero de 2006 se hizo en aparte anterior de este Laudo, considera necesario el Tribunal hacer unas precisiones en ella, para puntualizar la posición de las partes en la relación obligacional generada por la Oferta para las mismas, y medir, como fin de este Laudo el desempeño de las partes en el cumplimiento de sus tareas contractuales y definir las pretensiones de las mismas, que son materia del Laudo.

De especial importancia para efectos de interpretar la voluntad real de los contratantes frente a los compromisos de la Oferta son las consideraciones que ella contiene en sus numerales I a XIII, visible a folios 006 a 008 del cuaderno No. 8. Estas consideraciones describen de manera clara quienes son los destinatarios de la Oferta y beneficiarios del objeto de la misma, se reconoce la necesidad de Eficacia de disponer de una herramienta integral, y el interés de esta en adquirir el sistema de información integrado, donde interactúen las funcionalidades y los datos de manera integrada, incorporando de manera global los procesos y módulos descritos en el considerando 6. Refiere la Oferta en su punto 11 que Integrar fue uno de los proponentes preseleccionados como dos de las mejores alternativas, con las cuales realizó un plan piloto de prueba a fin de poder seleccionar la opción más conveniente de acuerdo con el resultado de la evaluación, e igualmente referencia el considerando 12, que en el caso particular de Assenda, las conclusiones de las reuniones con ella se recogieron en el documento denominado “DOCUMENTO DE NEGOCIACION” (Anexo 3 de la Oferta), del cual ya hicimos mención.

En la descripción de las obligaciones contractuales, el punto 1.1 define el objeto, el que quedó comprendiendo las actividades descritas en los subliterales i y ii del referido punto 1.1, a cuya descripción se atiende el Tribunal para sus conclusiones y análisis. El punto 1.2, entiende el Tribunal fue muy explícito en describir las funciones de Assenda para cumplir el objeto de la Oferta y en los literales i, ii, iii, iv, v y vi dejó descritas las actividades como compromiso de Assenda para el objeto de la Oferta. Como un elemento natural de la posición de Assenda y el conocimiento que tenía de Eficacia y con base en el cual preparó y presentó la Oferta, en el punto 1.3 manifiesta que *“conoce en su totalidad las particularidades del sistema integrado ofrecido, por lo que garantiza que el software y los demás servicios que prestará en virtud de esta oferta mercantil, siempre que la misma sea aceptada oportunamente, se ajustará a los requerimientos expresados en la presente oferta mercantil y sus anexos, lo que permitirá la implementación integral de dicho sistema integrado. Así mismo Integrar garantiza que dicho sistema integrado es perfectamente compatible con los equipos informáticos en los que será instalado, de acuerdo con lo definido en la oferta preliminar y el documento de negociación”*.

Para mayor seguridad de los resultados de la Oferta, en el punto 2.1, y advirtiendo por ser conocedor Assenda de los sistemas, reconoce, que dada la complejidad

del proyecto el alcance de los servicios definidos en el punto 1.1 y siguientes de la Oferta, serán revisados en la denominada fase de definición, en la cual Assenda direccionará y desarrollará el plan detallado de alcance con la participación activa de Eficacia, debiendo ser aprobado por las partes, pero entendiéndose, agrega el punto 2.1 *“que la responsabilidad sobre el documento será de cada una de ellas en la medida de su participación en su elaboración, responsabilidad”*, documento que de acuerdo a los antecedentes de la Oferta, debe ser redactado por Assenda, que es quien conoce la definición de las actividades a realizar por corresponder al campo de la tecnología de informática que ellos garantizan manejar y conocer, y además que satisfarán las necesidades de Eficacia. Acorde con lo anterior el punto 2.2 de la Oferta expresa que Assenda, por cada una de estas dimensiones, desarrollará y direccionará en los términos establecidos en el aparte 2.1, una planeación y creará un documento que deberá ser aprobado por Assenda y Eficacia, convirtiéndose la suma de esos planes en el *“PLAN DE GESTION DEL PROYECTO”* que será la base para la ejecución, el control y la entrega del mismo, teniéndose en cuenta los contenidos definitivos del alcance del proyecto serán los que consten en los documentos de planeación elaborados y aprobados por Integrar y Eficacia durante la fase de definición.

El numeral 2.3 regula lo atinente al hardware, disponiendo ASSENDA que la configuración del ambiente de desarrollo y pruebas es definitiva y en cambio el ambiente de producción es sugerido y que el mismo será validado durante el proyecto después que Integrar realiza una medición de desempeño y de esa manera pueda establecer la configuración y dimensionamiento definitivo, de acuerdo a los parámetros definidos por eficacia en cuanto a transacciones proyectadas, número de usuarios, módulos y registros, sin establecer límites cuantitativos, para dichas operaciones y su influencia en el desempeño del equipo.

Eficacia, en los términos del punto 2.4, se reserva el derecho de efectuar, después de recibido el sistema integrado en ambiente de producción y antes de la salida en vivo del mismo, prueba de desempeño que involucren no sólo el hardware suministrado sino todo el sistema integrado en general, resultando de obligatorio cumplimiento para ASSENDA las recomendaciones sobre parametrización y/o desarrollo del sistema integrado que sean producto de dicha recomendación y conciliación sobre las mismas, entre las partes.

La responsabilidad de ASSEENDA se deja clara en su cubrimiento en el punto 2.5, al establecerse que durante la fase de definición, Eficacia participará activamente en la elaboración del plan de gestión del proyecto bajo la dirección de ASSEENDA, sin que esta participación de Eficacia libere a ASSEENDA de su responsabilidad en lo que respecta a la dirección y elaboración de dicho plano.

En materia de costos, se prevé en el párrafo primero del punto 2.5, que salvo que las partes lo acuerden, el detalle del alcance establecido en el plan de gestión de alcance, no dará lugar a modificaciones en el precio de la Oferta, el que sea de paso decirlo, se pactó en la Oferta (punto 5.1 y 5.3) como precio único.

Importante de resaltar en la estructura de la Oferta, es el punto 4.2, según el cual ASSEENDA adquiere respecto de los equipos las obligaciones y responsabilidades descritas en el punto en análisis y según el cual ASSEENDA acepta que la entrega, instalación y puesta en funcionamiento de los equipos que hará parte del sistema integrado se ejecutará en las oficinas de Eficacia en la ciudad de Cali, o en el sitio en Colombia que Eficacia defina con treinta (30) días calendario a la fecha programada de instalación; obligándose además ASSEENDA a informar a Eficacia previamente a la entrega de los equipos las condiciones ambientales que deben disponerse en el sitio donde serán instalados y puestos en funcionamiento, comprometiéndose igualmente a proveer todas aquellas especificaciones que deben ser tenidas en cuenta por Eficacia tales como: suministro de energía eléctrica y las características de esta, la regulación automática del voltaje y la frecuencia, el polo a tierra, el aire acondicionado, la resistencia del suelo etc., debiendo ASSEENDA realizar una inspección previa al lugar de instalación y verificar dichas condiciones. En este punto de la Oferta quedó la facultad de ASSEENDA de prorrogar el plazo de cumplimiento de su oferta, si pudiese probar que la preparación o el equipo necesario, no corresponde a las informaciones previstas previamente haciendo una relación circunstanciada de los aspectos defectuosos, de tal manera que si Eficacia no remediare la situación con antelación suficiente, ASSEENDA tendría el derecho citado de prórroga, obviamente sujeto a que se diera la condición aquí referida.

De importancia para la decisión arbitral y en relación con todos los puntos antes referidos, es necesario memorar la cláusula novena que regula las obligaciones de Integrar respecto del sistema integral, dividiéndolas en las denominadas obligaciones especiales (9.1), obligaciones en relación con el alcance detallado de

la solución integral e integrada (9.2), obligaciones especiales respecto del alcance detallado del plan de pruebas (9.3), obligaciones especiales respecto del plan de actividades (9.4), obligaciones especiales respecto del plan de aseguramiento de la calidad (9.5), obligaciones especiales respecto del plan de contingencias (9.6) y obligaciones especiales respecto de los requisitos adicionales (9.7).

Con la seguridad que le daba su capacidad tecnológica, los conocimientos de los módulos y aplicativos a desarrollar e instalar como sistema integrado, así como los conocimientos de Eficacia y sus procesos, el documento de negociación, las pruebas piloto y toda la debida diligencia que ASSEDA realizó antes de formular la oferta, la llevaron en la descripción de las obligaciones referidas y categorizadas frente a las labores a desarrollar en la ejecución de la oferta, a ser reiterativa y explícita en cada una de ellas y la forma de cumplirlas, así como sus efectos, adquiriendo de manera clara y contundente las obligaciones propias para la labor a realizar, al igual que aquellas inherentes o que por naturaleza correspondían para garantizar el éxito que pregonaba la oferta, obviamente fruto de la capacidad que le ofreció a Eficacia para cumplir la misma. Basta citar algunas de ellas así:

9.1.(iii) Cumplir con la metodología de trabajo ofrecida y destinar a la ejecución del contrato el grupo de trabajo especificado en la oferta preliminar y el documento de negociación..... (iv) Entregar a Eficacia toda la documentación técnica de soporte relacionada con el sistema integrado.... (vi) Otorgar las garantías establecidas en la cláusula vigésima cuarta de esta oferta mercantil... (vii) Ejecutar una medición de performance de las aplicaciones sobre el hardware de desarrollo para definir el mejor hardware necesario para el ambiente de producción, con el objeto de refinar el dimensionamiento del hardware ofrecido y poder garantizar el funcionamiento óptimo de las aplicaciones en el ambiente de producción definitivo y proyectar el número de usuarios y transacciones con el hardware definido.

9.2. Integrar se obliga a proveer e implementar una solución integral e integrada en relación global con las siguientes áreas de Eficacia, describiéndolas en consonancia con los servicios ofertados y agregando que dicha solución estará soportada en el software y desarrollos ofrecidos para ello en la oferta y sus anexos, incorporando y adoptando las mejores prácticas que sobre la materia y el diseño y optimización de procesos ha tenido, para lo cual deberá, como mínimo

“cumplir con todas las afirmaciones que ha hecho Integrar en la presente Oferta Mercantil y sus anexos dichas afirmaciones, documentadas durante el proceso de selección, hacen parte integral de la presente Oferta Mercantil y deben cumplirse tal y como fueron definidas o con las modificaciones que acuerden entre ambas partes durante la fase de planeación del proyecto. La ejecución, control y cierre del proyecto se hará contra el alcance detallado determinado en dicha fase de planeación y/o los que surjan como parte de los procesos de control de cambio aprobado por las partes”.

9.3. Se refiere al plan de pruebas, el cual se obliga ASSENDA a diseñar e implementar en conjunto con Eficacia y adoptando las mejores prácticas y estándares sobre la materia, que garantice la funcionalidad, la consistencia e integridad del sistema integrado y verificar que el sistema cumpla con los ofrecimientos de funcionalidad previstos en la oferta y sus anexos.

9.4. Tiene relación con el plan detallado de actividades que debía construir ASSENDA con la participación activa de Eficacia y se aprueba por las partes, dejándose claro en este punto, como se mencionó en aparte anterior de este Laudo, *“que la responsabilidad sobre el documento será de cada una de ellas en la medida de su participación en su elaboración”*, al igual que en su ejecución. El plan de actividades se elaboraría con base en el plan de actividades presentado en la oferta preliminar y el documento de negociación, incluyendo las modificaciones sugeridas por Eficacia.

9.5. Quedo clara en él la obligación de Integrar de elaborar e implementar un plan de aseguramiento de calidad y un programa de seguimiento al mismo y someterlo a la aprobación de Eficacia en el término convenido, el cual debía ejecutarse durante la Oferta.

9.6. Integrar se obliga al diseño del plan de contingencia, que de acuerdo con las mejores prácticas del mercado sobre la materia, sea técnicamente aconsejado y que se ajuste y dimensione a las necesidades de Eficacia, diseño que estará orientado a *“garantizar la continuación de la operación del hardware y del software (incluido el software ofrecido, el motor de base de datos suministrado por Eficacia y los sistemas operacionales) involucrados en el sistema integrado”.*

9.7. En este punto y para reafirmar las obligaciones a cargo de Integar referidas en toda la cláusula novena de la Oferta expresa: *“Integar se obliga en relación con el sistema integrado ofrecido, a cumplir con todas las afirmaciones que hace sobre el cumplimiento de los requerimientos técnicos y funcionales descritos en esta Oferta mercantil y sus anexos que deben cumplirse tal y como fueron definidas”*.

Además de las obligaciones ya referidas en conexión con el sistema integrado, la cláusula décima de la Oferta enumeradas del 10.1 al 10.16 las obligaciones de ASSENDA con respecto a los equipos, en los cuales correrían todos los aplicativos del sistema ofreciendo con ellos su óptimo desempeño. De estas obligaciones vale la pena resaltar las siguientes, teniendo en cuenta que otras de las listadas en este punto se refirieron en apartes anteriores.

10.2. Suministrar equipos ensamblados de fábrica, con la mejor relación de configuración técnica-precio posible dentro del plazo de ejecución del contrato y de conformidad con el punto 6.5 de la Oferta.

10.3. Entregar e instalar físicamente los equipos en el centro de cómputo del grupo corporativo Eficacia en Cali o en el sitio de Colombia que Eficacia defina con el plazo de antelación que señala la Oferta.

10.7. Entregar los equipos especificados en la oferta preliminar y el documento de negociación de acuerdo con el cronograma de entregas ofertado.

10.8. Suministrar todos aquellos elementos de hardware o software de los equipos que sean acordados en la planeación detallada y que sean requeridos para la configuración del sistema integrado, tales como driles, cables, software específico, o cualquier otro elemento requerido en los términos de la invitación a ofertar, la oferta preliminar y el documento de negociación.

10.11. Constituir las garantías a que se refiere la cláusula vigésima cuarta de la presente Oferta.

10.12. Obrar con lealtad y buena fe durante la ejecución del contrato.

10.13. Acatar las instrucciones que durante el desarrollo del contrato le de Eficacia a través de quien ejerce la administración del mismo según la cláusula vigésima sexta.

10.14. Cumplir con la metodología de trabajo ofrecido y destinar a la ejecución del contrato el grupo de trabajo especificado en la oferta preliminar y el documento de negociación.

Por último, en el punto 10.16, de manera general ASSENDA se obliga a realizar, motivado por la lealtad y buena fe con que ofreció ejecutar la Oferta, *“todas aquellas prestaciones que surjan del natural desarrollo de la presente Oferta Mercantil y/o sus anexos”*.

Procede ahora el Tribunal a identificar las obligaciones de EFICACIA y que para ella al igual que las de ASSENDA se derivan de lo pactado en la Oferta Mercantil presentada a ella por ASSENDA, la Oferta inicial y el documento de negociación, pues debe tener el mismo tratamiento para todas las partes, por el origen común y recíproco de las obligaciones en análisis.

La cláusula décima primera se ocupa de las obligaciones en comentario, siendo estas por la razón de la posición contractual que ocupa Eficacia, menos densas, extensas y explicativas que las de ASSENDA.

Considera importante el Tribunal traer a este escrito la relación de aquellas obligaciones que al igual que las de ASSENDA, merecen resaltarse en este escrito, obviamente sin desconocer las demás obligaciones que para las partes emergen a lo largo del texto contractual.

11.1. Hacer los pagos oportunamente y en los importes acordados de acuerdo a lo pactado en la Oferta.

11.2. *“Suministrar a Integrar la información necesaria para la ejecución del Contrato”*.

11.4. Garantizar el normal funcionamiento de la plataforma de hardware y telecomunicaciones (dentro del entorno físico del grupo corporativo Eficacia), así como también la actualización y mantenimiento de los equipos informáticos que

componen dicha plataforma, para garantizar de esta manera su disponibilidad durante la ejecución del contrato.

11.5. *“Poner a disposición de Integrar el personal que por parte de Eficacia y/o cualquiera de las empresas que integran el grupo corporativo Eficacia resulte necesario y acordado durante la planeación, para la adecuada ejecución del objeto de la presente Oferta Mercantil”.*

11.6. *“Aprobar los documentos y demás entregables de Integrar, siempre que los mismos se ajusten a los términos y condiciones acordados en esta Oferta Mercantil y/o sus anexos”.*

11.8. *“Asignar en sus oficinas las áreas requeridas por Integrar para ejecutar el contrato durante el plazo establecido en la cláusula séptima de la presente Oferta Mercantil”.*

Por último, en su parte final, esta cláusula de manera general expresa que corresponde a Eficacia todas las demás obligaciones derivadas de la presente Oferta Mercantil y sus anexos, entre las cuales, es importante citar aquellas que corresponden a actividades compartidas con ASSENDA como es la participación en el diseño en el plan de pruebas, el plan detallado de actividades, la aprobación del plan de aseguramiento de la calidad, participar en el comité directivo, y todas aquellas que le corresponden de acuerdo a la naturaleza de su participación en la Oferta.

Es necesario para las decisiones del presente arbitramento, fijar de manera clara la responsabilidad de las partes, que emerge de los antecedentes contractuales, los que se plasmaron en la Oferta Mercantil de febrero 01 de 2006 presentada por ASSENDA a Eficacia y el desarrollo de las actividades contractuales.

Es conocido por su consagración legal en muchos regímenes jurídicos que el contrato es ley para las partes (artículo 1602 C. Civil), las que dentro de la autonomía que permite la misma ley, trazan el marco de su compromiso contractual y consecuentemente obligacional, y por lo tanto son ellas quienes tienen la facultad de modificarlo, o la ley; si las partes van más allá de los principios de la autonomía y lesionan intereses de ellas o de la comunidad. De lo anterior emerge, que el juez, en su operación de fallador, debe interpretar los

términos del contrato y encontrar la voluntad real del acuerdo, para lo cual además de acudir al texto del contrato, y los antecedentes como en este caso, debe hacer uso de otros elementos como el tipo de contrato, los conocimientos de las partes en frente a la actividad contractual y la naturaleza misma de la obra contratada o las obligaciones particulares de las partes.

En línea con lo expuesto en este momento y en aparte anterior de este Laudo, se está en presencia de un contrato con un objeto muy definido y que trasciende las explicites de sus términos y la redundancia en el mismo al reafirmar la capacidad y garantía que da ASSEENDA para cumplir la Oferta, contrato del cual emergen claras obligaciones “*de hacer*” tanto en la consultoría como en la asesoría para la adquisición de los equipos (hardware), que de suyo tienen un importante significado jurídico, es decir garantizarle un resultado a quien confiado y motivado por el conocimiento tecnológico de ASSEENDA, lo seleccionó para prestarle los servicios materia de la invitación a ofertar y las condiciones acordadas en el documento de negociación.

De la lectura de las obligaciones a cargo de ASSEENDA, ya explicadas en aparte anterior, se precisa toda la extensión de actividades a realizar por ASSEENDA, para culminar la obra prometida de instalar ciertas e identificadas aplicaciones tecnológicas, sino también, entregar el sistema integrado para que funcionara como un todo, como bien lo explica la Oferta Mercantil en su punto 1.1, concordante con la invitación a ofertar de Eficacia, la Oferta inicial y el documento de negociación.

ASSEENDA como concededor de los servicios, actividades y equipos objeto de la Oferta, sabía perfectamente la labor a que se enfrentaría, pues poseía según los elementos que reposan en el proceso, suficiente información recaudada en el proceso precontractual, inclusive con las pruebas del plan piloto, todas las cuales unidas a su conocimiento y experiencia, podían predecir de manera fácil, que la labor que como ellos mismos lo dicen en la Oferta en el punto 2.1, “*dada la complejidad del proyecto*”, se presentaran situaciones muy del común en este tipo de proyectos, las cuales nadie más que ellos debían prever y vencer, para poder cumplir lo ofertado. No puede, a criterio del Tribunal, un concededor de la tecnología ofrecida, quien además según la relación de clientes que presentó a Integrar en los documentos precontractuales, ya había trajinado proyectos similares, resulte afirmando muy posteriormente después de iniciada la ejecución

de la Oferta, que la receptora de sus servicios, no tenía idea de lo que quería, y que sus constantes peticiones de cambios, le impedían cumplir, sobre todo cuando la misma Oferta y los documentos precedentes anexos a ella, regulaban por ejemplo, el trámite para los denominados control de cambios, en los cuales ASSENDA tenía contractualmente la capacidad para aceptarlos o rechazarlos, y por la naturaleza de su labor, los tiempos de trámite de estos aspectos operativos debían estar previstos dentro de sus cronogramas. Es muy difícil entender, que el consultor, como agente principal y líder del proyecto, pretenda cambiar su rol, y se equipare a quien recibe su asesoría y gestión tecnológica, quien por no conocer como se hacen, desarrollan y programan las aplicaciones que en conjunto integran el sistema informático integrado, contrata los servicios del técnico, quien por su parte le dice, que además de conocer sus necesidades, le garantiza que los servicios que le ofrece serán la solución para las aspiraciones de “optimizar la gestión operativa y administrativa de sus empresas”.

Es verdad inconcusa que los contratos surgen a la vida del derecho en virtud de un acuerdo de voluntades destinado a producir obligaciones. Más, como se deduce de la propia naturaleza de las cosas, ese acuerdo de voluntades no acaece de un momento para otro; es la culminación de un itinerario que comienza cuando alguien sugiere o propone a otro la celebración del contrato, proposición a partir de la cual se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes, las obligaciones eventuales a que daría lugar el contrato a cargo de cada una de ellas y, en fin, los distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración, tratos éstos preliminares que colocan a las partes en lo que la doctrina denomina estado precontractual, y a cuya culminación puede suceder el advenimiento de la oferta, esto es, el proyecto definitivo de acto jurídico que por alguien se somete a otra persona, o a personas indeterminadas, para su aceptación o rechazo (art. 845 del Código de Comercio).

Dada la enorme trascendencia que en el tráfico negocial de bienes y servicios se deriva de la oferta, ella ha sido objeto de regulación legal (arts. 845 a 863 Código de Comercio) y, en torno a la misma, se tiene por establecido que, para su eficacia jurídica ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento. Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características

todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse y ejecutarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquél o aquéllos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento.

En el caso presente, el Tribunal deduce de la oferta, que ASSEENDA, con responsabilidad y conocimiento de causa, adquirió un serio compromiso con Eficacia, conociendo que cualquier incumplimiento en los servicios ofrecidos, podía ocasionar graves perjuicios al receptor de los mismos, dada las implicaciones que en la implantación de un sistema de informática presenta para el usuario de dichos servicios las fallas de su funcionamiento, que le impliquen desajustes en su operación y en las relaciones con sus clientes, pues, se está haciendo tránsito de un sistema antiguo a uno nuevo, lo que todavía a pesar del desarrollo de estas áreas, presenta complejidades que bien conoce el asesor, por razones de su experticia. Estos conceptos, son recogidos en la práctica, en las sesiones de los diferentes comités, especialmente el del comité directivo en el cual a lo largo del tiempo de ejecución de la Oferta, se controvertían aspectos, que debían haber sido previstos por ASSEENDA desde el inicio de la ejecución de la Oferta.

Comentado los aspectos anteriores de los cuales se deduce que la responsabilidad principal por la ejecución de la Oferta es de ASSEENDA, obviamente sin perjuicio de las obligaciones propias de Eficacia, procede el Tribunal al análisis de la ejecución de la Oferta y las conductas de las partes en la misma, para determinar los incumplimientos que se imputan, dejando desde ahora afirmado, que los incumplimientos de una y otra parte deben tener fuerza necesaria para configurarlos, y de parte de Eficacia por ser la receptora de los servicios y actividades de la Oferta, deben tener fuerza relevante de impedir el cumplimiento del obligado principal, y por lo tanto su conducta omisiva deberá ser de una magnitud incontrovertible, a tal punto que casi debiera intencionalmente oponerse a todo lo que correspondía ejecutar a ASSEENDA para que esta última pudiera cumplir su cometido contractual.

Con los precedentes jurídicos analizados, procede el Tribunal al análisis de la conducta de cada una de las partes frente a las responsabilidades que para cada una de ellas se derivan de la Oferta Mercantil materia de la litis, y las consideraciones que ha realizado el Tribunal en apartes anteriores al categorizar dichas responsabilidades frente al texto contractual y los antecedentes del mismo, así como el material probatorio anexado por las partes en su demanda y contestación, las pruebas recaudadas en el proceso, testimonial, pericial y la documental, todas ellas analizadas con el juicio y ponderación necesarias para el cumplimiento de la función del fallador y descubrir las fuentes y los incumplimientos contractuales.

Es necesario igualmente para la atribución de responsabilidades y deducción del incumplimiento, tener en cuenta el objeto de la Oferta y las obligaciones que de ella emanan para las partes, en el contexto que a cada una corresponde en la convención que origina esta litis, todo de acuerdo lo analizado por el Tribunal al concluir que la responsabilidad principal por la ejecución de la Oferta corresponde a la convocada, sin perjuicio del examen de la propia conducta de la convocante y su grado de acción y omisión para generar la imposibilidad de cumplir su cometido contractual por la convocada.

Como ya se analizó, en aparte anterior, la Oferta en su cláusula primera, dejó definido el objeto de ella, del cual se deducen de manera contundente las obligaciones a cargo de la convocada entre ellas la descrita en el punto 1.2, literal i, de vender a Eficacia las licencias de uso del software requerido para la integración e implantación del sistema integrado (Software), todo de acuerdo a la identificación del software, así como sus características técnicas y operativas según lo indicado en la oferta preliminar y en el documento de negociación, garantizando que conocía en su totalidad las particularidades del sistema integrado ofrecido por lo que el software y los demás servicios ofrecidos se ajustan a los requerimientos expresados en la presente Oferta Mercantil y sus anexos, permitiendo la implementación integral de dicho sistema integrado y garantizando además que dicho sistema integrado es compatible con los equipos informáticos en los que se ha instalado según lo definido en la oferta preliminar y el documento de negociación.

Encuentra el Tribunal, como premisa fundamental para la responsabilidad de la convocada en la ejecución de la Oferta, que entre sus obligaciones adquirió la referida de poner a disposición de la convocante un sistema integrado, que tecnológicamente indicaba el trabajo en conjunto de las distintas aplicaciones o módulos que requería la convocante para el manejo administrativo, contable y financiero de la empresa. En otras palabras, la convocada no se obligó a construir o desarrollar unos aplicativos de manera individual, sino a suministrar a la convocante un sistema integrado informático, con las connotaciones y particularidades explicadas en la propia oferta, y los documentos anexos a la misma ya citados en el laudo.

Es natural que la prestación de la obligación de la Convocada debía cumplirse como lo ordenan las normas legales y los principios de las obligaciones in integrum, es decir en su totalidad, sin que se quedara sin funcionamiento perfecto o imperfecto ninguna de las aplicaciones o módulos que ofreció desarrollar la Convocada para operar en un sistema integrado, el cual tiene suficientes razones técnicas para ser preferido a un sistema embebido en una o varias aplicaciones particulares.

En materia técnica, y siguiendo el libro denominado “SISTEMAS DE INFORMACION GERENCIAL” escrito por GORDON B. DAVIS y MARGRETTE H. OLSON, Editorial McGRAW-HILL, se sostiene que si bien, no hay consenso sobre la definición del término “SISTEMA DE INFORMACION GERENCIAL”, algunos escritores prefieren utilizar una terminología alternativa tal como “SISTEMA DE PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN”, “SISTEMA DE INFORMACION Y DE DECISIONES”, “SISTEMA DE INFORMACION PARA LA ORGANIZACION” o simplemente “SISTEMA DE INFORMACION”, refiriéndose al sistema de procesamiento de información basado en el computador que apoya las funciones de operación, administración y toma de decisiones de una organización. Este sistema, es un integrado “usuario-maquina”, para proveer información que apoye las operaciones, la administración y las funciones de toma de decisiones en una empresa. El hecho de ser integrado no implica que sea un sistema simple con estructura monolítica; por el contrario significa que las partes encajan en el diseño completo.

El sistema de información gerencial integrado suministra la base para la integración del procesamiento de información en la organización. Las aplicaciones

individuales con sistema de información se desarrollan para y por diferentes grupos de usuarios. Si no existe la integración de los procesos ni de los mecanismos, las aplicaciones individuales pueden ser inconsistentes e incompatibles; podrán darse desarrollos redundantes en aplicaciones separadas, dado que una sola aplicación podría servir para más de una necesidad. Esta breve reseña técnica tomada de la obra citada, y que concuerda con los efectos ofrecidos en la Oferta para instalar el sistema integrado a Eficacia, no deja duda al Tribunal que la convocada para cumplir de manera integral su obligación, debió haber entregado el sistema integrado en funcionamiento y puesto a prueba y conformado o integrado por todos los aplicativos que reseña la oferta en el punto 1.1.

Para corroborar la obligación de la convocada de proveer la herramienta tecnológica a Eficacia, en la modalidad ofrecida de un sistema integrado, acudimos a las declaraciones testimoniales recibidas durante la etapa probatoria del proceso arbitral, en la cual tanto los testigos convocados a declarar por la convocante como por la convocada, son coincidentes, uniformes y precisos en determinar el compromiso contractual adquirido por la Convocada de instalar y poner en funcionamiento el sistema integral conformado por las aplicaciones descritas en la oferta. En efecto los testigos declararon así sobre el punto en sus diferentes testimonios, entre otros: **1.** Julia Nigma Mustafa, quien nos refiere que el Grupo Corporativo Eficacia necesitaba buscar una solución tecnológica, y con la asesoría de Price Waterhouse, decidieron buscar la opción de un sistema integrado de información que le permitiera a ese Grupo solucionar todas las necesidades tecnológicas, iniciando posteriormente el proceso de convocación, buscando firmas que presentaran sus propuestas enmarcadas dentro de unos términos de referencia que cubrieran los requerimientos de Eficacia. Como resultado de las ofertas fue seleccionada la compañía Assenda, con la solución que contenía en la implementación de un RP, de un CRM estándar de Oracle, de un sistema integrado que tenía talento humano que para el Grupo Eficacia constituía el negocio central, y además que ofreciera nómina y facturación ya construida en el sistema Adam. **2.** Cesar Augusto Restrepo González, manifestó: “ASSEENDA era una compañía que se dedicaba a Integrar diferentes alternativas de solución para ofrecer al mercado soluciones integrales, entonces yo diría que contestando a la primera pregunta, era el oficio de ASSEENDA, entendiéndose que cuando uno hace integraciones busca los expertos de las soluciones que está integrando, y en eso se recurrió a la gente de ORACLE y de ADAMS, pero

adicionalmente había una persona que ASSENDA tenía como contratada, que era una persona que había trabajado en el pasado en PRICE WATER HOUSE, que tenía la experiencia y la idoneidad desde el punto de vista de consultoría y de la integración de ese tipo de soluciones para hacerlo; y en el tema de los equipos, pues contábamos con casi 30 años de experiencia en ese tipo de soluciones, digamos que ASSENDA se orientaba o se orienta a soluciones corporativas. Yo diría que sí, que eso era lo que ASSENDA hacía”. 3. Edwin José Álvarez manifestó: “básicamente como gerente del proyecto de EFICACIA las labores eran hacer el plan del proyecto de acuerdo a las especificaciones del contrato que ASSENDA o que INTEGRAR pues en su momento había firmado con EFICACIA, para lo cual pues mi rol era Integrar a todos los participantes dentro del proyecto, todos los proveedores y al cliente a una sola mano pues hacer el plan del proyecto, lo que implica pues un plan de proyecto no solamente cronograma sino todas las especificaciones de los acuerdos del proyecto para ser ejecutado, hacer seguimiento a estas actividades, llevar toda la documentación de estos seguimientos, actas de reuniones, comités directivos, comités de seguimiento, y velar porque el proyecto estuviera conservando el tiempo y el costo con el cual se había contratado y de acuerdo al alcance que el contrato pues estipulaba” 4. Alfonso Rivera Alzate, quien en su declaración manifestó: “mi participación en el proyecto fue básicamente liderar toda la parte con la responsabilidad que había asumido Global Solution Group de un contrato que involucraba varias partes y Assenda que antes se llamaba Integrar era el responsable de recoger todos esos contratos básicamente el proyecto se conformaba de una parte que estaba a cargo de Global Solution Group que respondía por la implantación del sistema integrado de información que se llama Oracle....”.

Igualmente como prueba de la obligación de proveer el sistema integrado a la Convocante por parte de la Convocada, podemos citar las Actas del denominado “Comité Directivo del Proyecto” que presentó como anexo de su demanda la Convocante, e igual de la lectura de dichas actas de la No. 1 a la 74, se advierte que en cada una de ellas se rotula con el nombre del proyecto el denominado “Sistema Integrado para Eficacia S.A.”, discutiéndose además en varias de las actas del comité, los avances del sistema integrado.

En el mismo sentido que las pruebas referidas en los apartes anteriores, el perito técnico Ingeniero Gonzalo Vela Medina, en su dictamen presentado al Tribunal en Noviembre 20 de 2009, al referirse al cuestionario que los apoderados de las

partes sometieron a su consideración, contestando la pregunta L (Folio 046, cuaderno 11) manifiesta: *“El perito considera que ninguna de las tareas relacionadas con la implementación del sistema integrado, de todos los módulos aplicables para la operación de Ecuador ha sido completada.....”*- De igual manera, y en el mismo folio del cuaderno antes citado, el perito al contestar la pregunta M del cuestionario sometido a su consideración expresa: *“El perito pudo establecer que varias de las dificultades relacionadas en las preguntas y respuestas anteriores generaron atrasos en los procesos de implantación, prueba y puesta en marcha del sistema integrado.....”*. Así mismo al contestar la pregunta N (Folio 047, cuaderno 11) expresa: *“Los proyectos de la naturaleza del sistema integrado, se planifican de tal manera que la realización de la mayoría de actividades depende de la culminación de actividades anteriores. Esto resulta en una cadena o secuencia en la cual cualquier atraso repercute en el desarrollo de las actividades subsiguientes (reacción en cadena), particularmente cuando no existen holguras de tiempo, lo cual corresponde a la denominada “Ruta crítica” de un proyecto. En este sentido, el perito estableció que muchas de las dificultades que se presentaron, generaron nuevas dificultades por efecto de la secuencia en que muchas actividades se deben realizar”*.

Estima el Tribunal, que no hay duda que la prestación obligacional que contrajo la Convocada con la Convocante en la Oferta que esta última formuló a la primera y que se aceptó con la iniciación de los servicios ofrecidos (consultoría, venta de equipo y licenciamiento), fue la de proveerle el sistema integrado, y por lo tanto la obligación quedaba cumplida en su totalidad, al entrar en funcionamiento y de acuerdo a los requerimientos de la convocada el referido sistema y de ninguna manera se podía entender cumplida la Oferta, con entregas individuales de módulos y aplicativos, que no reflejaban las expectativas de la Convocante y los ofrecimientos que de manera reiterada y positiva le ofreció la Convocada, desde su oferta inicial, el documento de negociación, la Oferta definitiva, y demás piezas y anexos probatorios que obran en el extenso expediente que conforma este proceso.

Téngase en cuenta, que la misma convocada, tanto en la contestación de la demanda, como en los alegatos de conclusión, deja saber que su obligación nacida de la Oferta comprendía entregar en funcionamiento el sistema integrado, tratando de aminorar su responsabilidad, expresando, según él, que solo le quedaron por entregar cuatro módulos pendientes, y que la convocante, dice que

son más, encontrando el Tribunal que faltaron los siguientes: costos ABC, DBI Financiero, Autoliquidación, Oracle Quoting, Medios Magnéticos, y el sistema integrado de Ecuador, hecho que confirma el perito técnico Gonzalo Vela Medina en su dictamen, Folio 046 del cuaderno 11.

En conclusión, el Tribunal considerando el análisis realizado a los términos de la Oferta de Febrero 01 de 2006, la manera como en ella describió sus obligaciones la convocada, el objeto central de su prestación de instalar y poner en funcionamiento al servicio de la convocante una solución integrada (tecnológica), la manifestación de la propia convocada en la contestación de su demanda y escrito de alegato en que reconoce que quedaron pendientes de entregar las aplicaciones antes referidas, necesariamente concluye reconociendo que en este aspecto de entregar la solución integrada, la Convocante incumplió el objeto materia de la Oferta Mercantil aceptada por la Convocante, y así habrá de declararlo en este laudo. La doctora LILIANA ESTRADA DE LONDOÑO en su interrogatorio de parte rendido al Tribunal el 29 de septiembre de 2009 (Acta No. 14) expresa “el sistema funciona con limitaciones. Como lo acabo de decir, la autoliquidación de aportes parafiscales no es del sistema es externa y acabamos de hacer una negociación con ese propietario para que nos venda el software para poderlo integrar al sistema, el sistema funciona sin costeos ABC que era una de las cosas que le habíamos solicitado a Carvajal el sistema funciona en medios magnéticos porque contratamos con un tercero, entonces tuvimos ese nuevo contrato con Oratech y les pagamos a ellos mantenimiento por algo que no entregó Carvajal y que se compró en la solución, el sistema funciona sin Ecuador, yo tengo Ecuador hace cinco años y Ecuador nunca empezó ni se ha hecho nada en el sistema, entonces el sistema funciona para nosotros poder cumplir una operación ante nuestros clientes gracias a que nosotros terminamos muchas cosas pero todavía tenemos muchas limitaciones en el sistema”.

Como complemento y fundamentación probatoria de lo concluido por el Tribunal, sobre el incumplimiento de parte de la Convocada de proveer a la Convocante la solución integrada, que con conocimiento de causa le ofreció en su Oferta Mercantil, el Tribunal procede al análisis de lo que fue el curso que rigió las actividades de la Convocante y la Convocada en la ejecución de las actividades de la Oferta, desde el inicio de la firma del acta de iniciación con la cual se aceptó la Oferta, hasta que se rompieron las relaciones de las partes, según lo anunciado por la Convocante en su comunicación de Junio 19 de 2008 (folio 204 del

cuaderno 8), contestada por la Convocada en Junio 25 del mismo año (folio 147 cuaderno 2) y las negativas de la Convocante a ejecutar los planes de choque propuestos por la Convocada, para solucionar las fallas existentes a ese momento en las diferentes aplicaciones que debían conformar en sistema integrado.

Regresando a la Oferta de Febrero 01 de 2006 y sus antecedentes ya referidos, piezas fundamentales para los análisis conducentes a la decisión en el presente laudo, la cláusula séptima, punto 7.1, definió el plazo de ejecución, estableciendo, que *“De acuerdo con los términos de la invitación a ofertar, la Oferta preliminar y el documento de negociación, Integrar se compromete a que el objeto de esta Oferta mercantil sea ejecutada en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la fecha de aceptación de la misma por parte de Eficacia y de acuerdo con los plazos y etapas de entrega y puesta a punto del sistema integrado y los equipos y ejecución de los demás servicios objeto de la presente Oferta Mercantil, así como la metodología de trabajo especificada por Integrar en la Oferta preliminar y el documento de negociación”*. El numeral 7.2 de la misma cláusula, determinó que *“cualquier modificación a los plazos y etapas de entrega y puesta en funcionamiento del sistema integrado y los equipos y ejecución de los demás servicios objeto de esta Oferta Mercantil que se detallan en el anexo 4 deberán ser acordados previamente y por escrito por las partes. A tales efectos, Integrar se compromete a comunicar inmediatamente a Eficacia cualquier circunstancia que pudiera alterar el cronograma acordado”*.

Definido el plazo para la ejecución de la oferta, después de iniciada la ejecución de ésta según acta de inicio de fecha 20 de febrero de 2006 (folio 54 cuaderno 2), el sistema integrado debía ser entregado como se prometió en la Oferta un año después, fecha determinada en la cláusula transcrita para cumplir las actividades y operaciones ofertadas.

El recorrido de las partes en la ejecución de la oferta, y que se relata en las actas del Comité Directivo del proyecto, órgano creado para el seguimiento del mismo en la oferta y en los antecedentes de ella, nos demuestra, que desde el inicio de la ejecución del proyecto se presentaron dificultades que fueron creciendo con el tiempo, por las razones que en los mismos comités exponen los Participes, que no está por demás aclarar, representaban los intereses de las partes en el desarrollo del proyecto.

En el acta No. 01 de 10 de Marzo de 2006, se comienzan a reportar desbalances en el plan de actividades (cronograma) al manifestarse por los partícipes, que *“Es importante aclarar que el retraso en la recepción de la maquina no es por demora en la entrega sino por la demora en la firma del contrato que, a su vez, demoro la puesta de la orden de compra a IBM”*.

También se expresa que *“las usuarias, Sandra Serna, Anyibe, Miriam García, Jenny Manrique, Leydi Capacho están siendo absorbidas por la operación diaria de eficacia, es necesario encontrar la forma de neutralizar esto para que dichas usuarias le dediquen al proyecto el tiempo requerido”*.

En el mismo comité, se expresa por los partícipes que *“Eficacia debe tomar la decisión de salir en Septiembre de 2006 o en Enero de 2007, para esta decisión se debe hacer un análisis de impacto, en el cual Integrar participará entregando la información necesaria que tiene que ver los nuevos sistemas, queda claro que el resultado del análisis no es un compromiso contractual de Integrar con Eficacia”*. Concomitante con este tema se expresa que Price Waterhouse Coopers debe revisar el detalle de las pruebas de desempeño y una vez revisado y aprobado, son ellos quienes lo deben Integrar al plan general del proyecto. Eficacia negociará el costo de tiempo que tomara de más el proyecto debido a estas pruebas de desempeño.

De manera similar al comité referido, van transcurriendo con el tiempo los demás comités, refiriéndose por ahora el Tribunal a lo ocurrido en él, desde el acta No. 02 correspondiente al Comité de Marzo 24 de 2006 hasta la No. 23 correspondiente al comité del 13 de Febrero de 2007, en los cuales las partes van reflejando los avances o desfases del proyecto, las dificultades del mismo y los entendimientos a que van llegando para adoptar ciertas actividades que aseguren, y manifestando de parte y parte las deficiencias de ellas en su dedicación al proyecto. Para una visión clara de lo ocurrido en ellos, y el descubrimiento y prueba de los incumplimientos en el desarrollo del proyecto cita el Tribunal apartes de varios comités que reflejan lo acontecido en ellos, con efectos en la responsabilidad de las partes en el cumplimiento contractual: Acta 01 de 3 de marzo de 2006 (folio 02 cuaderno 1.1.), Acta No. 3 del 10 de abril de 2006 (folio 10 cuaderno 1.1.), Acta No. 10 del 19 de julio de 2006 (folio 36 cuaderno 1.1.), Acta No. 13 del 15 de septiembre de 2006 (folio 48 del cuaderno 1.1.), Acta No. 15 del 23 de octubre de 2006 (folio 55 cuaderno 1.1.), Acta No. 17

del 17 de noviembre de 2006 (folio 64 cuaderno 1.1.), Acta No. 24 del 20 de febrero de 2007 (folio 84 cuaderno 1.1.). Las actas referidas, según lo tratado en ellas por los partícipes, demuestran, la falla de Assenda de la asignación del recurso humano permanente e idóneo en los frentes correspondientes del proyecto. En igual sentido de la ausencia de personal a cargo de Integrar, se reporta en las actas de la llamada Reunión de Seguimiento de Interventoría en el Acta No. 3 del 20 de abril de 2006 (folio 110 cuaderno 1.2.), Acta No. 9 del 13 de julio de 2006 (folio 096 cuaderno 1.2.), Acta No. 10 del 10 de agosto de 2006 (folio 093 del cuaderno 1.2.), Acta No. 12 del 7 de septiembre de 2006 (folio 87 cuaderno 1.2.).

El Tribunal confrontó las actas anteriores con lo manifestado por el perito en su dictamen rendido en el proceso, encontrando que los hechos imputados por la convocante en este aspecto aparecen probados, en el seguimiento de riesgos que hace la firma interventora y que el perito encuentra en la investigación propia de su cargo, calificándose en ambos casos como un efecto de alto impacto en el proyecto.

En la pregunta B, que formula el apoderado de la Convocante, visible a Folio 11 del cuaderno 11, al responderla y referirse a *“Si a todo lo largo de los distintos procesos de implantación del sistema integrado, Integrar dispuso del equipo humano que se había comprometido a tener a disposición del proyecto, considerando específicamente los criterios de calidad, cantidad, tiempo disponible y oportunidad”* contestó: De acuerdo con la información documental examinada y la información verbal recogida en las entrevistas realizadas (artículo 237 C.P.C.) el perito pudo establecer que se presentaron múltiples circunstancias en las cuales no se dispuso de las persona comprometidas y requeridas para la ejecución de los trabajos, en particular se evidenciaron múltiples referencias ausencia del personal requerido para el frente Adam (Nómina, recursos humanos y facturación), considerados el corazón del negocio de Eficacia. Además algunos de los profesionales asignados al proyecto no cumplían con el perfil requerido en términos de conocimiento del producto de Software Adam y del concepto del negocio asociado (Nómina, recursos humanos y facturación). El perito además de su aserto categórico, que resalta un incumplimiento frente a los términos de la oferta, con graves implicaciones en el cumplimiento del contrato, transcribe informaciones extractadas de los comités directivos del proyecto visibles a Folio 12, 13 y 14 del cuaderno 1, los que el Tribunal analizó y juzgó, encontrando que

ellos reportan conductas anticontractuales por parte de los funcionarios y contratistas de Integrar en el frente Adam, lo cual generó importante impacto en el desarrollo del proyecto. El perito refiere actas desde el 03 de Marzo de 2006 Acta No. 01 hasta el Acta No. 24 de 20 de Febrero de 2007 todas con imputaciones probadas en contra del deber obligacional de Integrar, lo que concuerda como ya expresamos con las referencias testimoniales mencionadas.

Por ser necesario para las decisiones del Tribunal, se analizaron los testimonios de los diferentes testigos llamados a declarar por cada parte en este litigio, y confrontar sus manifestaciones con lo reflejado en los comités, encontrando que si bien hay testigos con mayor conocimiento de los hechos, por cuanto los vivieron durante la ejecución del contrato hasta el rompimiento de la relación entre las partes, otros conocieron los hechos parcial y temporalmente en razón de labores ejecutadas al servicio de alguna de las partes y su terminación dentro del periodo de ejecución de la Oferta.

Debe advertir el Tribunal, que los testimonios se caracterizan por una visión muy particular de los hechos sobre los cuales declaran, por razón de sus nexos y relación mediata con los resultados del proyecto, cada uno tratando de justificar, desde su posición, la visión de los hechos, pero aclarando que el Tribunal bajo el principio de la sana crítica los apreciará en su contexto general y relación con la prueba documental y experticia técnica para acertar en la ponderación de dichas declaraciones.

Para ser consistente en el análisis de la prueba, el Tribunal de manera similar al análisis del período transcurrido entre el acta no. 1 y la 24, años 2006 a febrero del 2007, hace lo propio con los testimonios rendidos en el trámite y la prueba pericial técnica, y confrontar de esa manera la coherencia entre lo dicho por los participes en el comité y las pruebas testimoniales y peritazgo técnico, que constituyen el material probatorio conducente y pertinente para demostrar el incumplimiento en que incurrió la convocada.

En la valoración de cada uno de los dichos testimoniales, es claro para el Tribunal, que la ejecución de las actividades contractuales de la convocada, no tuvieron el éxito previsto por ella, ya fuera en labores ejecutadas por su propia fuerza de trabajo, o por los subcontratistas o terceros, pues la verdad procesal demuestra, que en cada comité se descubrían hechos diferentes y con impacto

en el proyecto, lo cual corroboran los testigos, que como antes se dijo con una visión muy particular reflejando los puntos de vista de la parte que le solicito su testimonio, dan su versión del ocurrir contractual, así sea justificando los propios atrasos o trasladando las responsabilidades propias, y particularmente como lo ha pretendido la Convocada hacia la Convocante, cuya conducta analizaremos más adelante.

En efecto, los testimonios que a continuación relata el tribunal, tomados del total de los declarantes, los que por su uniformidad, consideramos convenientes resaltar en sus dichos, sin dejar de analizar la totalidad de los demás declarantes, expresaron en su momento las siguientes situaciones, algunas de ellas de orden procedimental tratadas en los comités directivos, que también analiza el laudo, todas ellas reflejando los mismos hechos encontrados en la narrativa de las actas, pero anotando el tribunal, que los declarantes que a su vez formaban parte del comité directivo como gerentes y directores del proyecto por parte de Assenda, nunca expresaron en el comité lo narrado como testigos en materia de hacer responsable a Eficacia de los controles de cambio, de la extensión del alcance, de los requerimientos nuevos, pues el comité era de orden técnico-procedimental.

JULIA NIGMA MUSTAFA CHACÓN, funcionaria de Eficacia y Directora del proyecto, en declaración rendida en Septiembre 18 de 2009, Acta No. 12, cuenta la historia del proyecto de manera muy detallada, refiriendo los antecedentes del mismo y la forma como se planeo la invitación a los oferentes, así como el proceso de selección y la información que les entregaron sobre Eficacia y lo que ella requería del sistema integrado. Relata la testigo la realización de pruebas sobre la operación de Eficacia las que llamaron piloto, todo con el propósito de que el Oferente seleccionado tuviera el conocimiento de lo que debía realizar. En su ejecución contractual refiere la testigo que Assenda se desempeñó como líder metodológico del proceso, definiendo la metodología que iba a implementar en el proyecto y los lineamientos a seguir, haciendo la planificación del mismo y en que periodos de tiempo harían y entregarían los “entregables” en marco del desarrollo del proyecto, así mismo definieron el tema de riesgos con la interventoría y los consultores, determinándose el alcance del proyecto, que fue el primer riesgo que se detectó, a tal punto que estimaron que el proyecto se demoraría menos de doce (12) meses, y en unos talleres expusieron que serían seis (6) meses. Cuenta que en las prueba piloto se mostró el módulo de facturación que hacia parte del paquete de Adam, módulo fundamental para la compañía, pues el negocio de

Eficacia requiere manejar oportunamente la facturación por el ciclo del negocio y sus recursos y en facturación se consolidaban, por su relación con los costos, y todos los procesos internos de la empresa. Igual pasaba con facturación. Ya para Mayo de 2006 tenían serios problemas y por eso el consultor vio que no se adaptaba al sistema de facturación, cambiándose totalmente el proyecto, pues se vendió un módulo fabricado, y hubo que cambiarse, impactando todas las fases del proyecto. Narra que los desfases del proyecto y los alcances, llevaron a negociar brechas, o control de cambios, para una mayor consistencia de los aplicativos, todo compartido con los consultores y negociando tiempos para alcanzar las metas, pues el proyecto funciona entre lo que la compañía necesita y el proveedor tiene en solución. Sostiene la testigo, que los cambios en el recurso humano de Assenda impacto el proyecto, pues podría decir que el líder de integración único no existió, pues en las primeras fases del proyecto se tuvo cuatro (4) personas tratando de hacer el rol de líder técnico por parte del frente Adam, lo que no se cumplía, sobre todo en un proyecto que duro tanto tiempo sin continuidad en las personas lideres, todo esto genero los incumplimientos en el primer año lo que significaba volver alinear todo el equipo. Se necesitaba definir el hardware y comprado éste para hacerla salir en vivo se esperaba hacerlo primero en febrero de 2007, después en Abril, después en mayo, después en junio y terminó siendo en octubre y el dimensionamiento de las máquinas que era responsabilidad de Assenda tampoco se cumplió y al final se aprobó un equipo mucho más costoso pensando en lo mejor, y al darse la medición de desempeño tampoco fue positivo el resultado. Se refiere la testigo a un tercer periodo del proyecto en el que continuaban las dificultades y falta de disponibilidad de los consultores, presentándose debates continuos entre la gente, ofreciendo Eficacia en varias oportunidades pagar consultores adicionales para desatrasar el proyecto, aceptándose en el comité como solución colocar los consultores en las instalaciones de Eficacia en Bogotá por la negativa a trasladarse a Cali, haciendo una sala especial para los consultores de Data del frente Adam, lo cual se hizo, presentándose desafortunadamente en ese momento problemas en las redes por su continuidad, desconociendo responsabilidad por ese hecho y asignándola a Assenda y pidiéndoles que ubicaran los consultores donde ellos lo tengan a bien. Refiere que Eficacia no aceptó salir en vivo pues no se le proporcionaron las pruebas integrales necesarias para ello, lo cual era responsabilidad de Assenda, y de otra parte, la máquina no respondía, el sistema no operaba de manera adecuada pues en el tema de desempeño se quedaba y eran larguísimas horas pues operaciones podían demorar hasta dos (2) días y no daba ningún resultado

en nómina, hecho inoperante desde cualquier punto de vista mucho más desde el negocio de Eficacia, y por ello buscando alternativas, con Assenda se planteo un modelo paralelo durante el resto del 2007 para lograr alinear la operación y que el sistema se afinara y se determinara con seriedad cual era la maquina que necesitaban, radicando en ello los esfuerzos de los tres meses y medio del 2007, diciembre, noviembre y parte de octubre pero llegaron hasta enero y no se lograron tener todas las cosas resueltas. Refiere que el módulo de autoliquidación no fue entregado hecho supremamente grave, teniendo que buscar una solución externa. Con Oracle se tuvieron problemas de integración muy delicados, pues eso implica que nómina se comunica a través de una interface con contabilidad y esa interface no estaba pasando bien los datos de nómina y no realizaba el proceso de causaciones y provisiones, y así no tenían asidero. Igual que la integración anterior lo sufría el pendiente de facturación, que les generó en mayo del año anterior un grave traumatismo por los movimientos de nómina, que es la base para facturarles a los clientes. Narra que quedaron pendientes por no cumplir unos niveles de servicio y unos acuerdos, medios magnéticos, costos, Ecuador, autoliquidación y DBI financiero. Manifiesta la testigo que nunca hubo un líder de integración que liderara todo el proceso de integración, pues Assenda planteo que cada frente tuviera un líder. Refiere que hubo cosas nunca implementadas como fue el Messenger necesario por la alta correspondencia de manera electrónica al personal. Hay otra funcionalidad no entregada que era el control en la parametrización de Adam que es el módulo que controla talento humano y nómina, porque finalmente facturación no se hizo por ahí y se desarrollo una a la medida. Nos cuenta la testigo que el proyecto se volvió infinito en tiempo, no se sabía cuando se salía en vivo, si en febrero, marzo, abril, mayo u octubre lo que genero demasiados traumatismos. Refiere que por el volumen de negocios compraron 25.000 licencias, y cuando estaban en vivo cosa que nunca advirtió Integrar, cuenta el personal que ya tiene fecha de retiro pero que no está activo ya y se le debe hacer su liquidación de prestaciones sociales y eso aligera el cupo, y siempre lo tomaron como personal activo y por ello cuando salían en vivo esto no se movía, el negocio de Eficacia es de rotación, entonces esas 25.000 o 27.000 o 28.000 rotan en el periodo de tiempo. En cuanto al tema de los cambios o “yaques”, estos se presentan cuando hay dos módulos que suponen desarrollados y que sólo deberían tener ajustes y pasar a ser módulos ciento por ciento desarrollados, cuando no es así hay brechas, porque hay una oferta y un producto que ya tiene hecho eso o aquello y los niveles de desarrollo que requerían ese módulo eran mínimo en los ajustes. Así empezaron las discusiones

por parte de Assenda por ejemplo calcule IVA, pero ellos sabían que todo sistema de facturación bajo ley colombiana calcula IVA. Fue una gran sorpresa y de manera personal considero que eso afectó mucho en tiempos del proyecto, definimos brechas, la acordamos, hicimos un documento de brechas amplio, siendo ese el mapa de ruta, todo por que Assenda había dicho que esos módulos estaban desarrolladas y le servían a Eficacia, falta grave en cuando al alcance, sin embargo el responsable metodológico era Assenda quien determinó el plan del proyecto. Habla de la etapa de definiciones, la cual tenía por objeto determinar los flujos del negocio y mirar si el alcance tiene alguna brecha, en ella se profundiza el conocimiento y entendimiento del negocio, todo hecho en el proceso de seis (6) meses de negociación buscaba que al llegar a esta etapa se tuviere todo el conocimiento del negocio y no tener un manejo anormal de brechas. Narra de Asurian que hace administración de proyectos y trabaja en interventoría, fue contratada para ayudarles en el proyecto ante la fallida salida en vivo del mes de octubre, y se quería con esa asesoría meterle unas pruebas al sistema, y trabajar en paralelo para ver por qué no funcionó o se reventó el sistema. Asurian colocó dos consultores que apoyaban el seguimiento por esos meses, sin que Asurian reemplazara los empleados de Eficacia comprometidos en el proyecto. Asurian los complementó, nunca fue responsable en el proyecto, ni interfirió la función de Assenda, Asurian era Eficacia. Aclara que Asurian y Oratec entraron después de la salida en vivo fallida, entraron en noviembre y diciembre de 2007. Explica que cada módulo tuvo un líder funcional y de tecnología en todos los frentes del equipo de Eficacia tuvieron líder como consta en los documentos del proyecto y la firma de los recibidos y los acuerdos entre líderes y usuarios. En materia de comunicaciones aclara que no era responsabilidad de ellos pero reconoce que en una salida en vivo tuvo varios inconvenientes y lo cambiaron antes de la salida en vivo para garantizar tener red se refiere a la locación en Bogotá y el traslado a la Torre de Cali. Declara que Assenda propuso un plan de choque en junio, plan que no cumplió y volvió a definir nuevas fechas pero Eficacia no aceptó, por todos los incumplimientos referidos.

Gerardo Carvajal Leib. Rindió declaración el 18 de Septiembre de 2009 según Acta No. 12, actualmente Presidente de la Empresa Mepal S.A. Narra el testigo que por tener conocimiento con Liliana Estrada Gerente de Eficacia habló con ella del proyecto. El testigo hace una explicación sobre tecnología de software integrado de todas las empresas del Grupo Carvajal y por ese conocimiento contacto a Liliana Estrada y le explicó las ventajas del sistema integrado

terminando con la firma del contrato con ella para la implantación del software de Oracle, lo mismo que estaba haciendo Carvajal se le dio entre otros la alternativa Adam y ellos tomaron SQL. Relata que no se mantuvo muy informado de la operación que el nuevo Gerente Eugenio Castro lo informaba de la situación y que había una cantidad de modificaciones adicionales al contrato inicial, invirtiéndole plata en cosas que no estaban contempladas dentro del contrato con unos gastos de más de mil, mil doscientos, mil trescientos millones de pesos por encima del inicialmente establecido, que no recibían ningún pago y que habían retirado la gente del contrato, pero prefiere que esa parte la narre otro testigo y que cree que hay buena intención de cumplirle a Eficacia. Refiere que él cree que uno como asesor le ofrece al cliente los equipos y el cliente los escoge, pero no sabe que equipos se ofrecieron ni al final que compro Eficacia, y en otra pregunta sobre el mismo tema expresa que no sabe que maquinas o hardware de opción le dio Assenda Integrar a Eficacia y prefiere no responder. Cuenta que Integrar funciona como empresa, tiene NIT pero Integrar no ha seguido operando desde el punto de vista de seguir teniendo gente a cargo. No tiene información del número de usuarios de Eficacia en el año 2005 pero sabe que un software como Oracle, o Adam no debe tener restricción de usuarios, sin saber responder el tema específico que se habló con Eficacia. El software referido lo usan compañías gigantes, pero no sabe que se le dijo a Eficacia. Sobre si hay alta rotación de personal de Eficacia, exceso de solicitudes de cosas distintas porque lo pedían los clientes, lo sabe por referencias de Eugenio Castro no por haber asistido a la Junta y también estaba enterado del problema por llamadas de Liliana Estrada.

Carlos Enrique Rojas. Rinde su testimonio el 18 de Septiembre de 2009 según Acta No. 12, en ese momento Gerente de Proyectos de Assenda S.A. Expresa que llegó al proyecto como gerente de Proyecto en el año 2008 correspondiéndole la entrada en vivo del sistema con serias dificultades previas en cuanto a los procesos en Eficacia no habían sido estandarizados para que utilizaran ese sistema de información, la calidad de datos nunca la conocieron a pesar de que la pidieron, es decir que no hubo trabajo en equipo. Hubo decepción de consultores que no querían volver al proyecto por un trato denigrante de parte de la dirección del proyecto, lo cual dificultó tener unos consultores de manera presencial que era una exigencia de Eficacia, que siempre tuvieron más consultores. No había claridad en los requerimientos y se encontraban cosas nuevas, nuevos cambios, ajustes en la marcha y no era posible acotar el cierre del proyecto. Se refiere a que en abril 18 después de tres (39 meses de entrar en

vivo se solicitó un pago por la entrada en vivo y ese pago se dilató ocasionando el retiro a partir de esa misma fecha de los consultores con el riesgo de volverlos a juntar. El pago se hizo más o menos hacia mayo un mes después con dificultades para montar el equipo. Se presentó un plan de trabajo a Eficacia y no lo aceptaron por qué no se acomodaba a los tiempos que ellos necesitaban. Se hicieron una lista de pendientes para un plan de trabajo indicando que eran 37, los que después subieron a 50, es decir sin claridad sobre el compromiso de trabajo. Se discutió sobre unos informes financieros que no tuvo Eficacia en el año 2009 y que según ellos se habían entregado en 2007. En el tema de la autoliquidación, dice que fue un dolor de cabeza primero por los cambios, por la disponibilidad de usuarios, el software era lento en su diseño que se hizo y se tuvo que suprimir varios requerimientos de eficacia, se pidió apoyo a la casa matriz de México para buscar solución y tampoco operó, Eficacia no da tiempo y no lo aceptaba y en el 2009 definieron no gastar más tiempo en esto proponiendo que lo hiciera un tercero, Eficacia no respondió. El componente de costos ABC tuvo demoras en el último plan de trabajo como consta en los comités, teniendo el programa de tiempo y costos, pero no se pudo hacer por la demanda. La situación del proyecto, que salió en vivo con muchas dificultades porque no había claridad en los requerimientos, el tema de desempeño del sistema en los tiempos de procesamiento tampoco fueron validados y esa no era responsabilidad de Eficacia, pero sí de la interventoría nunca la supieron, pero cuando hablaban con Assuri que fueron contratados por Eficacia en diciembre de 2007 y febrero de 2008 ellos mostraban preocupación por el tema y decían que Eficacia entenderá que no pudo entregar eso y en comité tampoco lo entregaron. Hoy el proyecto está en producción, lo están usando, quedan los pendientes de autoliquidación, el tema de costos ABC, el tema de inteligencia de negocios, igual el tema de Ecuador, también hay un tema que nos alargó el asunto era que cada instalación que hacíamos y la licencia que debían entregar Eficacia pedía cotizaciones de proveedores externos. Refiere que se acordó un plan común para autoliquidación trabajando de manera permanente para que no se retiraran los usuarios para operación en noviembre de 2008 de un plan de trabajo que involucraba autoliquidación, costos, inteligencia de negocios, empezando en diciembre con inteligencia de negocios y una actualización al software, y Eficacia no permitía hacer ese trabajo en las fechas convenidas alegando sobre carga del administrador del sistema, que es un Ingeniero que da los permisos para que alguien entre al sistema, actualice, cambie, y esa negativa afectó no poder entregar a tiempo porque no disponía ya de los consultores. Hablo del plan de

choque en junio de 2008 con lista de actividades que comenzaron a trabajar en principio lo aceptaron y después lo cuestionaron por qué no se lograba el avance, y éste no se conseguía por no disponibilidad del usuario que se dedicaba a las labores de Eficacia. Hubo otro segundo plan de choque con nuevos requerimientos en julio, fue aceptado pero después no había disponibilidad de usuarios y también del consultor. Nos sentamos en noviembre comprometiéndose a asignar consultores y usuarios y tampoco se cumplió. Aunque no estuvo desde el comienzo del proyecto cuenta que según las actas del comité hay quejas de Integrar sobre falta de claridad controles de cambio por ejemplo, dice "si la memoria no me falla en el 2006 de 22 actas de comité directivo habían 15 donde mencionaban controles o solicitaban controles de cambio disponibilidad de usuarios etc". Puede decir que desde un principio hubo problemas de que no había claridad por parte de Eficacia en las necesidades del negocio que quería cubrir, que 300 punto que se plasmaron allí Eficacia siempre quería como adicionarle lo último que sucedía o lo que encontraba, por ello cuando entramos en vivo en febrero de 2008 ya habían nuevos controles de cambio y nuevas dificultades para el cierre. Narra que hubo un pago que no se hizo alrededor de 180 millones de pesos por la entrada en vivo, sin referir fecha, lo que pagaron en forma dilatada y de manera parcial y eso les hizo inmanejable el tema de consultores suspendiendo la prestación de servicios en ese entonces. Refiere que la operación del Ecuador se afectó por la dedicación a la salida en vivo de Colombia conviniéndose con Eficacia que se haría después de ello, no obstante Eficacia exigía cumplimiento y ya en el 2008 cuando se le presentó dijo que no quería y eso afectó el plan de Ecuador, no quiso Eficacia según el testigo trabajar con Adam. Expresa que el software de Eficacia actualmente funciona y considera que bien, y no era responsabilidad de Assenda mejorar el desempeño a niveles de satisfacción de Eficacia, pues al nivel de satisfacción hay que darle límite, pues nunca se cerrará. Refiere que el uso de consultores por Eficacia presento efectos negativos, porque cada que ellos iban hacer algo entraba el tercero y cuestionaba los temas de ellos aunque siempre se hacia lo que nosotros recomendábamos excepto en medios magnéticos el cual Eficacia decidió hacerlo con un tercero. Eficacia tampoco acepto que un tercero a 7 terminara el sistema de autoliquidación.

Edgar Mauricio Montealegre Franco. Rindió su testimonio en septiembre 23 de 2009, Acta No. 13. Laboraba en ese entonces como consultor de data tecnología. Expresa que llego al proyecto en septiembre de 2007, 2006 no recuerdo bien,

creo que es 2006, estuvo delegado para realizar la parte de facturación, es decir una vez calculada la nómina se procede a enviarle la factura a los clientes. Se hicieron unas definiciones iniciales como para saber que se iba a desarrollar, se tomaron unos requerimientos y se cumplieron a veces, porque no fueron siempre, a veces se cambiaron, en algunos módulos de toda la solución. En estos proyectos hay un cierto rango que uno puede cambiar, pero en Eficacia cambiaban varias veces las definiciones y eso demoraba el trabajo, se llamaban controles de cambio y se hicieron a través de controles de cambio, fueron conocidos por las gerencias aceptados por ellas y después los recibía y los hacía. Algunos cambios eran sencillos otros afectaban. Se logro entregar el módulo y el código fuente y cree que los recibieron a satisfacción hasta que me entere que estaba citado al tribunal. Pienso que están haciendo uso de la solución o por lo menos del módulo que el desarrollo, después hubo ajustes, modificaciones a la programación por rendimiento, por tiempo de respuesta, inclusive le está dando por vía de correo electrónico de soporte a David Torres de Eficacia. Expresa que hubo varios tipos de cambio unos más graves como le comente, cambios particulares con clientes por horas especiales, horas nocturnas los que no se había tenido en cuenta en la negociación. Fue responsable de su módulo y tenía a cargo dos personas. Cuando se llega un proyecto espera que las definiciones estén hechas, se hicieron cuando el llego hacían mesas de trabajo y definiciones con los usuarios como Martha Benítez, Ana Virginia Quintero jefe de facturación. Ana Virginia se retiro al final del proyecto, no siguió con Eficacia pero ya habíamos entregado la parte de facturación y no estaba en el ajuste final. Su retiro afecto por que la persona que la reemplazo no tenía conocimiento de todas las definiciones que habíamos armado con ella. En materia de pruebas se hicieron de bajo volumen y alto volumen, se trabajo en diferentes casos y se probaron y funcionaron. Los cronogramas se corrieron en razón de controles de cambio pero se entrego mucho antes de lo que consideraron ellos la salida en vivo y se hicieron bastantes pruebas. Todo fue de mutuo consentimiento, ambas partes sabían cuando iban hacer los controles de cambio e impactar los proyectos y los recursos. La solución de facturación contemplada en sus definiciones iniciales tanto Colombia como Ecuador y así se hizo la programación y funcionar sin ningún inconveniente, la solución funciona falta es ponerla a andar. Narra que cuando llego al proyecto le entregaron los RFP's, no eran claros entonces con MDS50 con las especificaciones, para no volverle a preguntar al usuario, después de esos documentos como hubo cosas que se quedaron por fuera vinieron los controles de cambio, y cuando había conflicto, venían las discusiones. Los

documentos iniciales RFP's eran muy abiertos, y generaron otros documentos. Se hablo de que había alto volumen de trabajo, pero expresó si eficacia indicó que se requería un sistema apto para correr por lo menos 20 nominas diarias todas distintas. Agrega que tuvo inconvenientes con Eficacia, pues una vez que tenía que viajar a Bogotá para atender asuntos personales le negaron el tiquete de regreso porque quería que trabajara el fin de semana, con Ana Virginia y Martha el trato fue muy cordial y tuvo roces con Pedro. Conoció que la red en algún momento no funcionó y afecto trabajos cuando se estaba buscando salir en vivo en la primera fecha y otra vez se quedo sin hacer nada porque no había servidor para las pruebas. Manifiesta no conocer que había interventoría. Actualmente utilizan el sistema y lo han mejorado. Dice que un software a la medida se puede estabilizar, pero siempre hay etapas de ajustes, hay cosas que no requieren mantenimiento a no ser que surja una nueva situación, una vez estabilizados no requieren intervención del que los construyo. Dice que la responsabilidad de ellos era darle cumplimiento a los requerimientos del usuario como desarrollador. Si el usuario lo usa mal él es el responsable.

Juan Alejandro Gallo Duque. Rindió su testimonio el 23 de septiembre de 2009. Acta No. 13. En ese momento Representante legal de Global Solution Group S.A. Dice que Integrar le vendió a Eficacia una licencia Oracle y cuando vende su ERP lo que ocurre es que si uno coge ese software y no lo modifica, digamos que en el momento cuando Eficacia se le cotizo lo que fue el tema de licenciamiento Integrar en ese momento hizo unas previsiones que como habían unos desarrollos adicionales esos desarrollos se harían como aisladamente con unas versiones de producto donde no afectarían como al o violarían esa condición de licenciamiento. Lo que hace Oracle es licenciar una base de datos y un Application Server y después simplemente se conectaba al sistema con el sistema ERP desde que no fuera modificado directamente. Como se hicieron modificaciones, lo que hizo Oracle fue comunicarle a Integrar que ellos debían tener una influencia de licenciamiento adicional. Expresa que cuando hicieron la propuesta el cliente tenía unos requerimientos y los evaluaron, sin imaginarse lo que hay delante. Los ERP que ellos pusieron bajo ese requerimiento se cubriría con la licencia de Couting que es el cotizador y si ellos hicieron otra cosa ahí no lo sé. No precisa si mientras Global Solution estaban construyendo la solución tecnológica de Eficacia, esta también buscaba otros competidores para que miraran y cotizaran las mismas tareas. Expresa que al trabajar para Eficacia se generó indisposición en los asesores del proyecto, y sintió que ellos se podían

desmoralizar, pues expresaban que no eran capacitados o no tenían experiencia, y se presentaban comentarios no agradables. Relata que Global Solution no solo tiene experiencia desde el año 2001, pues él como consultor trabaja desde 1995 en temas de ERP, he certificado como técnico también conoce B.I. Bussines. La empresa tiene muchos clientes multinacionales y también locales, tiene más de 10 clientes y ha trabajado con Integrar. Relata la ruptura de un acta, lo cual reportó a Cesar Restrepo en Eficacia haciendo el reclamo pertinente. Cuenta que cuando llegaron a la negociación con Integrar, dijeron que debían montar 5 compañías, sin poderse comprometer a levantar ese modelo y lo llevara a cabo en las otras 3 empresas, para ello la idea es que Eficacia defina un modelo y que ese modelo lo ejecuten las otras como una especie de roll out. Global lo que hizo fue levantar los requerimientos de lo que eran Eficacia y Extras y se definió ese modelo y se hizo un relay hacia las otras empresas. Allí ocurrieron dos temas, primero fue el nivel macro que recibió Eficacia que no pudo ni levantar los requerimientos de Ecuador así entregaran la configuración hasta donde pudieron como modelo definido y adicionalmente cuando empezaron a levantar los requerimientos del Ecuador fue muy posterior por los atrasos del proyecto. Su software no cumplía para el desarrollo que habían hecho requerían modificaciones adicionales. Expresa que el cliente es responsable en requerimientos de flujos de negocios o datos. Se asesora en herramientas ayuda a mapear esos flujos con nivel de detalle. Se basan en el escrito detallado si no hay suficiente detalle se trabaja sobre ese y se hace la entrega.

Oscar Alfonso Rodríguez Burgos. Su testimonio se recibió el 23 de septiembre de 2009 según Acta No. 13. Trabaja con Data Tecnología, Refiere que esta empresa fue subcontratada por Integrar para el apoyo en la implementación de un sistema de nómina y recursos humanos para Eficacia, y desarrolló la venta e implantación de los software ya definidos. Partieron de unos términos de referencia donde Eficacia planteaba unas necesidades para su proceso de gestión de nomina y recurso humano. Se inicio con base en esos términos de referencia y para cubrirlos Data coloco al personal idóneo y suficiente para el proyecto. Posteriormente todos nos dimos cuenta de algunas necesidades que no quedaron dentro de los términos de referencia y algunas otras interpretaciones, pues puede haber sentidos diferentes a los que tiene el cliente, y surgieron necesidades adicionales y el trabajo se extendió. Nacieron inconvenientes sobre todo económicos pues el trabajo llevaba más tiempo llegándose a acuerdos con Eficacia sobre cosas adicionales que se llamaron controles de cambio y se

definieron tiempos adicionales. Yo negocié con Integrar o Assenda que son la misma organización y todos se ejecutaron hasta la liberación del proyecto si no estoy mal en enero de 2008 o diciembre de 2007, entregando en funcionamiento el sistema y Eficacia lo uso. Después de entregado el sistema han trabajado con Eficacia para darle el soporte a todos los clientes en Colombia usuarios de tecnología de los proveedores que él representa. Expresa que Data Tecnología es de 4 socios colombianos que llevan 22 años de experiencia y están vendiendo e implantando Adam, sistema que se vendió y se le instaló a Eficacia en nómina y recursos humanos, actualmente Data representa únicamente a Adam. Por los controles de cambio referido hicieron muchos desarrollos alrededor de Adam cuyo objetivo principal es sistematizar procesos de nómina y recurso humano. Relata importantes clientes en Colombia. Responde que la complejidad de la legislación laboral y de aportes parafiscales afecta los proyectos pero la han cubierto y alimentado durante la historia y tienen la ventaja de contar con un sistema flexible para que los cambios de ley la impacten lo menos posible, pero en el caso de Eficacia no era solo legal y parafiscal sino la parte operativa diaria, pues maneja 350 clientes, por lo que ellos requerían operativamente la posibilidad de liquidar 100 nominas diarias y se hacen muchos procesos diferentes a una empresa solita. Entonces Adam cumplía esa funcionalidad pero no la operatividad día a día y eso generó muchos controles de cambios. No estaba claro desde el principio esa operatividad, no era específica en los RFPS y asistí dos semanas con todos los directivos de Eficacia para ver las cosas no definidas en los RFPS y que generaban trabajos adicionales. De allí salieron controles de cambio que se requerían para la buena operación del sistema y acordamos cuáles eran esos controles y la negociación económica. Se sorprendió por este tribunal por que se entregó funcionando lo que es nómina, facturación y parafiscales en enero de 2008, comentando los usuarios que tenían satisfacción por el ahorro de trabajo y de tiempo. En parafiscales hubo problemas de respuesta del sistema y en autoliquidación, se buscó apoyo para mejorar el tiempo de respuesta y ya no usan autoliquidación. Le consta que Assenda colocó un gerente de proyecto el señor Carlos Rojas con quien estuvo más cercano antes estuvo Alfredo Ayala socio de la empresa después se retiró y yo lo reemplacé. Informa que en horas de asesoría superó el estimado de 1.500 horas dando 22.000 y de esas 6.000 no hubo retribución económica. El incremento de horas se atribuye a la falta de exactitud de los términos de referencia por no definir bien el alcance, pues hubo mucho control de cambio. El usuario quería todo lo que podía suministrar el sistema, por cuestión de interpretación y responsabilidad se resolvió hacer gran parte de las

necesidades que fueron planteadas en el proyecto. Expresa que si el cliente no tiene voluntad de salir en vivo en el proyecto este no saldrá. Quien da la directriz es el cliente. En cuanto a la medición de las pruebas, el cliente al hacerlas debe decir si están bien o no, pero en el proyecto nunca hubo no se definieron estándares de rendimiento, simplemente el rendimiento es algo subjetivo si no está escrito, para mí un minuto puede ser poquito para usted un minuto puede ser mucho es relativo. Creo que el performance de facturación no pueden decir que era malo, si compara el sistema anterior con el nuevo y con este le va mejor. En ningún sitio está descrito que el cliente esperaba ese rendimiento era una decisión subjetiva nuestra y con responsabilidad intentábamos arreglar lo que ellos esperaban. Los requerimientos escritos en una herramienta Excel, cambiaron durante el contrato y les agregamos columnas porque era control de cambio y eso lo esperaba el cliente esto era el comentario del consultor y ellos crecieron durante todo el tiempo pero si existió un documento inicial sin que apareciera la columna rendimiento esperado, tiempo de respuesta, resultado de la prueba esperada. Expresa que las incidencias que coloca Eficacia son absolutamente normales después de liberación de un proyecto hay incidencias, son grandes mientras existe un proceso de estabilización, entonces los primeros meses eran grandes pero hoy en día han venido bajando y están en estado normal. Incidencia normal, se refiere a mínimas. Es posible que Eficacia nos este colocando unas incidencias al mes lo que es muy normal para ser un cliente que tiene toda la necesidad de Eficacia es muy buena una incidencia o dos incidencias al mes muy normal y es parte del contrato de mantenimiento que nos pagan para seguir estabilizando el sistema y siempre va a ser susceptible de mejoras.

JAIME ENRIQUE MOLINA LEON. Testimonio rendido el 15 de Septiembre De 2.009. Acta No. 10, en ese entonces gerente de PRICE WATERHOUSE COOPERS, interventora del proyecto. En su testimonio presenta un resumen general sobre el proyecto, aclarando que fue bastante largo y complejo y con muchas vicisitudes. Define su participación como gerente del grupo de interventoría que llevó a cabo ese proceso de acuerdo al contrato con EFICACIA. Declara que el proceso inició en Diciembre de 2.005 iniciando la consultoría e interventoría en Febrero de 2.006 por lo que según él tiene la historia desde ese momento. El proyecto buscaba que INTEGRAR suministrara una solución informática integrada que permitiera a EFICACIA y a sus empresas asociadas en Colombia y en Ecuador tener una solución que atendiera sus requerimientos de

índole operativo tanto en el nivel financiero como en el nivel del negocio de ellos que es básicamente prestar servicios como empresa temporal, como empresa de contratación de recursos humanos a terceros que cubría varios aspectos: todo el tema financiero a través de la solución ARP , otra atender el tema de ORACLE BUSSINES del negocio de ellos a través de un software de recursos humanos y la otra atender una interfase que debería existir entre estos dos sistemas para que EFICACIA pudiera atender básicamente su requerimiento de negocio en lo que tenía que ver con la propuesta y la atención de esas propuestas a clientes particulares. EFICACIA no es una empresa temporal de suministro de personas, generan valores agregados muy grandes a sus clientes, por tanto la particularidad del negocio hace que cada contrato tenga unas tipicidades distintas de cliente a cliente y había que desarrollar un sistema de información que pudiera atender eso, en ese momento se denominó Gerenciamiento al Cliente y se esperaba que tuviera una herramienta inteligente de negocios. El contrato empezó a principios de 2.006 y se esperaba que a lo largo de ese año terminara su ejecución y así lo manifestó INTEGRAR inclusive proponiendo un menor tiempo. Se hizo un taller de riesgos que levantamos en las primeras instancias, primera, segunda semana del proyecto, una misma persona de INTEGRAR, que resultó ser subcontratista generó un riesgo porque había sido contratado para un proyecto de seis (6) meses y teníamos un horizonte de no menos de diez (10), manifestando esta preocupación en las primeras reuniones de trabajo con INTEGRAR. A medida que avanzaba el proyecto detectamos que no tenía el desempeño esperado en tiempo, dos o tres meses después tenía un atraso de cierto porcentaje, y entendimos que talvez INTEGRAR no había captado la complejidad del negocio y el cronograma no fue fácilmente logrado después de muchos problemas en el entendimiento del alcance por allá en el mes de Agosto de 2.006. INTEGRAR no dimensionó bien el proyecto y surgieron muchas preguntas acerca del entendimiento de requerimientos funcionales que debieron haberse hecho al principio del proyecto y no en esas instancias y ya había transcurrido siete meses de su avance y había cosas apenas entendiéndose cuando debió haberse hecho en el primero y en el segundo mes. Se hizo al principio un acuerdo para generar un cronograma que permitiera salir con el proyecto hacia principios del año 2.007, talvez Enero o Febrero, cuando avanzamos en el transcurso de Noviembre o Diciembre de 2.006, ocurrieron un par de eventos que afectaron bastante el proyecto, primero la salida del gerente del proyecto de INTEGRAR que renunció no recuerdo si a finales de Noviembre o principios de Diciembre,y el que era directivo de proyecto también, lo que causó bastante complicación, porque

llegaban dos personas nuevas que no sabían del proyecto, el que ya estaba atrasado. Tocó casi empezar de cero con esas personas y el Señor Edwin Alvarez que estaba de tiempo completo en Cali lo reemplazó Luis Alberto Leguizamón que trabajaba desde Bogotá, entendiendo que INTEGRAR hizo esfuerzos para que se quedara en Cali. Cesar Restrepo reemplazó a Vladimir Ortiz, que había participado en la negociación del proyecto pero todo en el frente de máquina sin experiencia en el manejo de estos proyectos como estaba próximo la salida en vivo como esa situación generó complejidad no había control del proyecto y hacia Febrero ya no era posible salir había atrasos sustanciales en muchas cosas y se aplazó nuevamente la salida para Abril que tampoco se pudo y se planteó para Junio. Finalmente en Junio tampoco se hizo y se planeó para Octubre de 2.006, pero un par de semanas después el sistema no estaba funcionando y no cumplía los requerimientos de desempeño que necesitaba el negocio. En un sistema de estos se debe garantizar que los requerimientos funcionales trabajen pero además que el tiempo de respuesta sea razonable.

Los tiempos de respuesta eran absurdos. EFICACIA liquidaba en sus sistemas anteriores nómina en tres y cuatro horas y con el nuevo sistema cuatro o cinco días. Por ello EFICACIA decidió a finales de Octubre o principios de Noviembre regresar a su sistema anterior. En ese momento tuvimos poca participación y la retomamos en Diciembre de 2.007 cuando EFICACIA requirió a INTEGRAR para arreglar problemas de desempeño y se programara otra salida en vivo. Se fijó nueva fecha para Febrero de 2.007 y después Mayo del mismo año. En esos momentos Diciembre-Enero de 2.007, se retiró el gerente del proyecto y se nombró a Carlos Rojas como nuevo gerente, persona muy capacitada, haciéndose unos acuerdos para que el proyecto no superara el mes de Junio de 2.007, muchos de ellos se lograron terminar otros no, otros quedaron pendientes, entre ellos dos gravísimos que fue el frente de autoliquidación y los medios magnéticos y el roll out que se tenía que hacer de la implantación de Ecuador. Quedaron otros temas como costos, bienes, intelligent. En el segundo semestre de 2.008 las relaciones entre las empresas no caminaban ya el software estaba totalmente de prelativo en lo que se había entregado habían problemas que se estaban solucionando pero en general ya el software EFICACIA estaba utilizando la herramienta pero había cosas que nunca se entregaron como lo indicó. Se hicieron unas reuniones muy puntuales en el segundo semestre de 2.008 a petición de las dos partes porque se sentaban y no arreglaban y nos pedían el favor de que nos sentáramos con ellos. En ese semestre nos dedicamos a llevar

unas actas para que las partes asumieran los compromisos y hacer un seguimiento a ellos pero las relaciones estaban muy deterioradas. Se propuso una metodología como parte de nuestras tareas que incluía primero la evaluación de riesgos segundo el cronograma y tercero unas recomendaciones mensuales para la toma de acciones. Había un contrato firmado entre INTEGRAR S.A. que en ese momento se llamaba así y EFICACIA, era una oferta de servicios que había puesto INTEGRAR y aceptó EFICACIA.

Con la metodología nuestra se determina hacer un taller inicial de riesgos y luego el seguimiento lo hacen los gerentes del proyecto tanto de EFICACIA como de INTEGRAR. El listado de riesgos no lo tengo presente pero hubo muchos y de nuevo se hace la lista y se priorizan por la gravedad para hacerles seguimiento. El proyecto se atrasó desde el principio por las muchas discusiones sobre el alcance con los usuarios y tomaba mucho tiempo para que ASSENDA o INTEGRAR en ese momento manifestaba algún tipo de solución a un requerimiento y el usuario no estaba de acuerdo. No había entendimiento de parte de ASSENDA sobre lo que debía hacer y la metodología de gestión del proyecto. La gestión de alcance es un proceso que tiene que ocurrir en las primeras instancias del proyecto donde el integrador, el implantador o el contratista en este caso INTEGRAR tenía que hacer una verificación de los términos de referencia en cada uno de los requerimientos para entender el alcance técnico. Esa primera fase se hizo pero no con el nivel de profundidad que se requería por eso las discusiones de entendimiento y hacia ese mes de Agosto se hizo un alto en el camino y se revisaron los requerimientos uno por uno para que INTEGRAR tuviera el entendimiento del proyecto. No tiene el conocimiento de cómo se surtió con detalles la etapa contractual, lo que puedo decir es que EFICACIA tuvo su etapa precontractual en la cual tuvo un grupo de empresas a las cuales invitó y seleccionó a INTEGRAR. Cuando iniciamos un proyecto de interventoría se piden primero los RFP's. Muchos de los RFP's básicamente lo que determina la parte puede ser un documento de tipo precontractual que contiene una serie de requerimientos de tipo funcional, en este caso eran algo así como 900 y lo que nosotros vimos es que en la etapa precontractual cuando INTEGRAR presentó su oferta que después nos hicieron conocer existía un archivo en excell donde cada requerimiento tenía una respuesta por parte de INTEGRAR diciendo si lo hago, no lo hago, si lo hago, lo hago parcialmente o lo tengo que desarrollar desde cero y ese listado estaba a disposición porque era parte de la respuesta de INTEGRAR como parte de su oferta. INTEGRAR debía responder a esos requerimientos. Los

cambios en los gerentes y directores del proyecto no facilitaron su desarrollo porque los primeros fueron reemplazados por nuevos y el tema no fue fácil, porque la persona que llevó a Luis Alberto no tenía el conocimiento técnico del proyecto y conocer este tipo de proyecto puede tomar varios meses, dos meses y era el tiempo que faltaba para salir en vivo. Luis Alberto tenía una hoja de vida buena, pero cuando llegó al proyecto no lo conocía la renuncia fue intempestiva y venía de otro proyecto de INTEGRAR, le tomó bastante tiempo acomodarse y no estaba de tiempo completo en Cali, el proyecto terminó en manos de los subcontratistas. Con Edwin y Vladimir el proyecto tenía una dinámica pues conocían el negocio desde el principio, y cuando Vladimir se va de manera intempestiva y también Edwin, cuando lo mas los necesitaban, llegan los dos nuevos, que si bien tenía cualidades, lo hacen en un momento muy complicado del proyecto por las tomas de decisiones y definiciones y ellos no lo sabían. Mas que afectar el cronograma este hecho no permitió llegar a acuerdos en puntos críticos del proyecto. En la etapa de definiciones ASSENDA manifestó que la plataforma de ADAM era la que mas satisfacía o correspondía a esos requerimientos. Cuando llegamos al proyecto estaba definido que software se iba a utilizar. No pusimos en tela de juicio ni en discusión si ADAM funcionaba o no se daba por hecho que funcionaba. Hubo problemas en la configuración de los equipos cuando se trató de instalar ORACLE BUSSINES SUITE en las máquinas hubo mucho problema con la configuración de ADAM. El responsable metodológico es casi siempre el implantador, el contratista porque es el que conoce como hacer las cosas para implantar su solución. INTEGRAR manifestó que iba a utilizar la metodología AIM de ORACLE. El problema es que la metodología utilizada que era de AIM de ORACLE no era la metodología que utilizaba ADAM para la implantación entonces se hizo una adaptación de ADAM que era el software de recursos humanos a la metodología de AIM de ORACLE, principal inconveniente que se tuvo. La decisión era de ASSENDA, EFICACIA era el cliente. Hubo problemas con el tema de licenciamiento, sobre los cuales se discutió sobre todo el proyecto, en materia de transferencia de la licencia y de costos.

La salida en vivo en Octubre de 2.007 fue compleja por la presión de ambas partes, para EFICACIA era un proyecto que ya había pasado todas sus expectativas de espera y para INTEGRAR que requería un proyecto finalizado. Se establecieron que muchas de las cosas funcionales estaban listas para salir a producción y que habían unas cosas como el tema del medio magnético y

autoliquidación que se podía dar una espera para que la solucionara el siguiente mes a la salida en vivo. El primero de Octubre se decidió a salir en vivo y el tema no fueron los problemas funcionales de que la herramienta no hiciera lo que debía hacer, era que la herramienta funcionaba muy lentamente, era un problema técnico y para una operación como la de eficacia que corren 500 nóminas en un mes, era operativamente imposible. Básicamente el problema no fue funcional, fue netamente técnico de desempeño de herramientas. Fracasó entonces la salida en viva de producción en Octubre. Se acordó volver a salir en Febrero de 2.008. Esta salida no fue en Febrero sino como en Mayo, salieron con unos módulos en Febrero, quedaron en producción varios módulos y otros que no están finalizados se empezaron a salir en los siguientes días y mas o menos hacia finales de Mayo de 2.008 estaba casi todo lo que se había comprometido, menos el tema de medios magnéticos, autoliquidación, el roll out de Ecuador y otras cosas que no recuerdo. La autoliquidación de aportes fue siempre un problema porque INTEGRAR no logró darle solución al tema de autoliquidación. Ecuador siempre fue visto como un tema que debería abordarse en instancias, en las primeras de manera paralela y después se complicó la ejecución del proyecto en Colombia y fue postergado pero nunca se dio. Nunca se dieron los entregables para Ecuador. Se solicitaron las garantías por parte de INTEGRAR en los primeros meses de 2.008, no se renovaron. Hasta donde tengo conocimiento los medios magnéticos no fueron previstos por INTEGRAR no tengo certeza de cual fue la solución final, correspondiendo los medios magnéticos a un deber legal por parte de EFICACIA la implementación debía hacerla INTEGRAR. El éxito de un proyecto implica colaboración del usuario, en principio se tuvo problemas con algunos, hecho que se reveló a los directivos de EFICACIA para tomar las decisiones. La labor de entendimiento a cargo de INTEGRAR corría por su cuenta dado que ellos había dado una respuesta a unos requerimientos funcionales y era necesario de su parte precisarlos con los usuarios para la solución informática que se requería. El caso de Juliana Diaz y Leidy Capacho, no era que no participaran, era que en un momento teniendo la dedicación que se requería se desviaban a las actividades normales de la empresa dividiendo su tiempo entre la operación y el proyecto, más tiempo al proyecto, como el caso de Jaime Galvis en el área financiera. Los recursos que colocó EFICACIA en el área de recursos humanos y gerenciamiento al cliente siempre estuvieron allí muy presentes, fue mas una eficiencia en el frente financiero donde tuvimos problema. Es muy difícil determinar y no me atrevería a dar un número porcentual por el impacto que pudo tener la ausencia de los módulos pendientes, pueden ser mas significativos que

todo lo que hayan entregado. El impacto que puede tener este tema en una empresa como EFICACIA puede ser altísimo.

ALFONSO RIVERA ALZATE. Testimonio presentado el 16 de Septiembre de 2.009. Acta No. 11. La participación mía en el proyecto fue liberar toda la parte con la responsabilidad que había asumido GLOBAL SOLUTION GROUP de un contrato que involucraba varias partes y ASSENDA que antes se llamaba INTEGRAR era el responsable de recoger todos esos contratos y GLOBAL respondía por la implantación del sistema integrado de información que se llama ORACLE y en la construcción de un desarrollo que en la etapa preliminar del proyecto se llamaba gerenciamiento de cliente muy importante en el negocio de EFICACIA. La función de INTEGRAR era la de integrador, buscando una solución que cumpliera con las necesidades del cliente en términos de unos procesos lógicos efectivamente conectados utilizando esa tecnología. Tengo experiencia en sistemas y en manejo de productos ARP y en GLOBAL estamos bien posicionados, nunca tuve quejas sobre la responsabilidad sobre GLOBAL por la capacidad y el conocimiento e idoneidad de las personas asignadas. Nos encontramos en el proyecto con una complejidad alta que pudiera desbordar el conocimiento propio de la gente inclusive la de EFICACIA, tuvimos que empezar a revisar y a alinear entre todos. Puntualizo algo muy claro y es que cuando uno firma estos contratos de implantación uno hace consultoría del producto, cómo funciona la herramienta, cómo la parametriza pero uno trabaja con un equipo interdisciplinario con el cliente que es el experto en el proceso del negocio y uno interpreta la necesidad y la modela. Yo interpreto y manifiesto que nos encontramos con un proyecto donde la complejidad real desborda cualquier cosa que hubiéramos previsto en las etapas preliminares de la firma del contrato. Cuando miramos los requerimientos en particular el área que me tocaba y que era el eje central del negocio que se trata de gerenciamiento de clientes, interpreto que EFICACIA tenía un conocimiento muy claro de la operación, sueños claros y definidos pero no sabían como lograrlo. El contrato empezó en Febrero a costo fijo con la duración que estimamos nosotros que era de seis meses, es decir terminaríamos en Agosto y en Junio todavía no teníamos los requerimientos del cliente claros en mi módulo lo que tenía que ver con ORACLE era el producto estándar que suplía los procesos naturales como una factura del pago del cliente al proveedor y con ese software no teníamos problema. Fue muy difícil recoger la necesidad del cliente. Tengo requerimientos firmados como definitivos y cuatro meses después de que deberíamos haber terminado habían requerimientos por

parte del cliente por la complejidad del tema. Tengo conocimiento que están funcionando las aplicaciones por ser socio de GLOBAL. Nunca conocimos lo que era el alcance de EFICACIA no iría alineado con la realidad, nosotros conocíamos de todo eso pero quiero comentar que en la etapa preliminar EFICACIA exigió una etapa de pruebas de construcción de modelos e hicimos unos prototipos antes de firmar contratos donde se reflejara que la solución que se le estaba planteando cumplía con las necesidades, sí conocimos esas líneas, pero si hubo un tema donde como todo, vienen los contratos no se si por ligereza o por necesidad de firmarlos o por lo que sea entendimos como el ciclo natural del negocio como que existían todas esas líneas pero la complejidad no pasaba de ser una línea donde yo asignaba personas y liquidaba la nómina a esas personas y a esa nómina liquidada se le aplicada un simple factor, valor liquidado de nómina y se llenaba la facturación, entonces el modelo se vio como eso, fui partícipe de entender y de que EFICACIA me mostrara que el proceso era muy simple. No conozco información de clientes pero si percibí durante la evolución del proyecto que era una empresa que iba generando nuevos negocios, pero mi responsabilidad no era solo la nómina y no sabía el numero de empleados, se hablaba de muchas cifras, 20.000, 25.000, que era una empresa que cuando entrara el contrato del MIO todos los empleados los iban a administrar, se hablaba de cifras supremamente elevadas. Toda nómina reviste complejidad pero es un proceso natural, pero en EFICACIA cualquier proceso por volumen se volvió crítico. GLOBAL desde las etapas de preventa tuvo que participar, construir modelos en la herramienta ORACLE y hacer demostraciones de producto. Si INTEGRAR era la responsable del contrato, nosotros teníamos que garantizar que lo que estaban pidiendo en EFICACIA se reflejara en esas demostraciones y el producto lo hiciera. Participamos como elemento estructural, representamos un software ORACLE y éramos parte integral de la solución que se ofrecía y teníamos el deber de conocer el alcance la participación y por ello recibimos RFP's específicos y detallados de lo que tiene que ver con ORACLE y recibimos los requerimientos, explicando que éstos fueron desbordados completamente e inclusive reconocidos y pagados por control de cambios por parte de EFICACIA. Nuestra comunicación fue con ASSENDA no participamos directamente con el cliente, no podían ofrecerle nada a EFICACIA por prácticas de negocios. Participé en las presentaciones y sabía la solución que pretendía entregar no era ajeno al proyecto y nos teníamos que integrar con una nómina que tenía que desarrollar gerenciamiento al cliente que la facturación era derivada de la nómina y yo sabía como integrar esos procesos, pero la minucia al detalle y la especificidad nació

con EFICACIA, había una cláusula en el contrato sobre si el tiempo del contrato no se cumplía nos podíamos retirar por justa causa porque habían temas muy abiertos y el contrato seguía para adelante, eso lo manejaba INTEGRAR con EFICACIA. Conocí en detalle los RFP's que firmó GLOBAL con INTEGRAR y eran iguales a los firmados con EFICACIA y como expliqué habían requerimientos detallados de lo que tenía que ver con el producto a construir que es gerenciamiento de cliente y fueron los que de alguna manera no quedaron aterrizados en la realidad y el cliente no fue explícito. Los RFP's nos daban una aproximación al proceso integrado pero cuando entramos a detallar cada uno en conjunto con EFICACIA a bajar esos requerimientos claros y puntuales como para construir un producto a la medida se quedaron corticos, no eran suficientes el tiempo y las demostraciones. Nunca podía haber reflejado a nivel de detalle qué se esperaba en este negocio. Me acuerdo de un documento de negociación no del detalle de todos los puntos pero existió ese documento y las demostraciones que puede contar para nosotros fue muy transparente en el caso de alta tecnología.

DIANA CECILIA RIOS PEINADO. Declaración tomada en septiembre 16 de 2009 según Acta no. 11, en ese entonces Consultora de Soportes y Desarrollo en la empresa Data Tecnología. Relata la testigo que Eficacia tenía un sueño del software integrado, pues no sólo era Adam sino Integrar por la parte de Oracle. Se dieron cuenta después de iniciado el proyecto que el alcance se estaba saliendo de los límites presupuestados y se hizo un borrón y cuenta nueva, y lo que se había hecho en los 3 meses vamos a ponerlo definitivo pero acordando lo que se va hacer, pues el primer proceso era lo que Eficacia quería, había cosas que no tocaba construir pues el estándar no lo soportaba por ser muy específicos de ellos. Ya en ese proceso comenzó julio y en principios de septiembre hubo acuerdos definitivos de que se va a construir pero no todo quedó dentro de esos acuerdos por que se iban haciendo las cosas y salían otros controles de cambio que no habían quedado indicados, se aceptaban y se pagaban. Todo lo que se acordó en el alcance de nomina y con su cronograma se le hizo seguimiento semanal de lo desarrollado y se construyó, sin embargo salían cosas nuevas o mejor necesidades, los controles de cambio surgieron en el camino y el cronograma se estiró. El software está funcionando y yo lo visite para enero de este año y Data le está dando soporte y se atiende por incidencias y problemitas que salgan se solucionan a tiempo. El sueño de Eficacia era grande comenzaba con el software que construyó Global Solución que es gerenciamiento al cliente y

ahí se toman los parámetros para calcular la nómina y con cada compañía se hacia la parametrización. Los procesos de ellos no eran muy claros y venían las discusiones y tocaba aplazar reuniones y reiniciar cuando ellos organizaban sus procesos. Los procesos se comenzaron cuando se levanto un documento que se llama MD50 que especifica exactamente el diseño como ellos querían los desarrollos incluso dibujo de pantallas. Nos entregaban ese documento, leíamos, presentábamos las dudas y hasta que no se aclararan no se comenzaba a desarrollar. Siempre me trataron bien, no hubo malas palabras ni acciones en contra, hubo alguna resistencia. Los consultores que empezaron el proyecto, Luis Fernando Toro tenía experiencia en Data o más sin embargo no cayó bien y se solicito un cambio y llego Jaime Rodríguez que tenía varios años en data, fue usuario del software y luego consultor, yo tengo 7 años en la empresa. No conocí el número exacto de trabajadores de Eficacia al iniciar contactos con Data se hablaba de más o menos 19.000 trabajadores no dijeron como crecía al final eran como 35.000 trabajadores. Se puede programar y parametrizar conceptos para 19.000 trabajadores o más, lo que cambia es el tiempo de proceso. A mayor gente para calcular la nómina se va volviendo quizá el proceso más lento y tendría que cambiar la máquina para mejorar. Al principio la red se caía a cada rato recuerdo que el 25 de agosto de 2006 hubo una caída de 3 horas en la red sin conectarse al sistema, los procesos eran lentos hasta que afinaron la máquina y se pudo trabajar, al principio fue difícil. Informa la testigo que firmo una carta de Assenda para esta declaración y le pasaron un modelo pero yo lo ajuste a lo que creí conveniente. Refiere que los sueños no son utópicos, y el sueño de Eficacia tenía un problema pues no tenían claros sus procesos, y era difícil saber que querían. Todo en sistemas en su mayoría se puede hacer, pero los controles de cambio que surgen en el camino alargan los procesos. Eficacia contrató una solución integrada tanto en hardware como en software y era un compromiso entregar a tiempo y en correcto funcionamiento, yo solo puedo hablar respecto de las máquinas todas las pruebas fueron aceptadas en lo que correspondía a mi frente. En Data todo se hace correctamente. No conocí el documento que habla de correcto funcionamiento. Todo lo construimos con base en el cronograma que se estableció inicialmente. No sé exactamente el tiempo que se perdió en la caída de la red.

PEDRO NEL ESCOBAR TRUJILLO. Rinde su declaración el 18 de septiembre de 2009, Acta No. 12, funcionario de Eficacia y Director del proyecto. Relata en principio todo el proceso de invitación a los posibles oferentes, precisando que

hubo un ejercicio muy organizado con cada uno de ellos y adicionalmente realizaron las pruebas para que conocieran los RFP's para ver la capacidad que existía en cada uno de ellos lo cual duro de 3 a 4 meses y se hicieron diferentes evaluaciones y se escogió a Assenda S.A. y los RFP's que más cumplían eran de ellos. Se inicio en 2006, y se hizo la planeación y alcance del proyecto y la metodología de trabajo lo cual suministro Integrar por ser especialistas. El primer cronograma terminaba en 2006, pues previeron ellos que terminarían muy temprano. Como se evidencia en actas de interventoría de comité se evidenciaron atrasos por parte de la consultoría que iban afectando el proyecto y se comenzaron ampliar los espacios de tiempo. La salida en vivo en octubre de 2007 fue un fracaso, toco llevar dos sistemas a la par para que no se afectara Eficacia. Eficacia mantuvo su sistema tradicional para no verse perjudicado pero con efectos negativos para poder llevar dos sistemas. Así llego febrero de 2008 cuando volvieron a salir y se continuaron los incumplimientos, lo evidencian las actas y el proyecto se hace más difícil, evidenciándose el incumplimiento en consultoría, a pesar de que se hacían acuerdos. Dice el testigo que en 2007 volvieron a mirar los RFP's que estaban firmados pero se hizo para ver que existían las cosas. Hay un documento en donde firman los gerentes de todas las empresas que manifiestan que es ese el entendimiento, no obstante se incumplió con los resultados cuando salimos en febrero de 2008. Muchos de los acuerdos no se han podido cumplir y siguen pendientes en DBI financiero, costos, autoliquidación, lo que era de la DIAN que es algo coyuntural, hasta que se llego al rompimiento de todo tipo de charlas de acuerdos y de comités. Nos ofrecieron una solución nos la mostraron, la vimos pero desafortunadamente cuando fuimos al terreno no cumplía los requerimientos y se tuvo que entrar a desarrollar un software a la media, hablo de facturación, y lo que compro Eficacia fue un software ya estándar y eso se adecuo a la medida con los problemas presentados. El piloto se hizo y fueron como 10 ejercicios para que los proponentes hicieran su presentación e interactuaran con los usuarios y miraran selección, facturación, nomina, y con ellos tenían claridad del negocio, lo que es legal, liquidación no lo define Eficacia es del estándar del mercado, como la contabilidad. Ellos tenían una buena fotografía de Eficacia conocían lo que hacía y decían que todo se podía realizar, ni hicieron salvedades. Nunca advirtieron antes y después de la firma del contrato que pudieran tener dificultades. En los comités mostrábamos los errores pero no hacían caso sino tardíamente. Los requerimientos estaban concretos, pero Assenda no lo tenía claro y por eso se hicieron las reuniones para conocerlo y entenderlo, hay un documento firmado

donde se hacen aclaraciones de todos los RFP's, en algunos casos dijeron esto no lo hacemos. Hubo un cambio en Eficacia y lo pago. A nivel de facturación de gerenciamiento del cliente todo está claro desde el comienzo y está escrito. Y nos vendieron un cotizador o simulador lo que no sirvió a Eficacia y tuvieron que construir el desarrollo de gerenciamiento con las condiciones que estaban escritas, Eficacia no cambio los RFP's. Es verdad se tuvieron en el proyecto inconvenientes de nuestro personal pero fueron subsanadas con más recursos como el de un embarazo que es normal, no hubo impacto por ese lado. se dio un caso puntual de un funcionario que atendió unas cosas diferentes al proyecto pero la gente que estaba detrás de él lo apoyo y fue una salida temporal, esto fue en suministros que corresponde Oracle y no impacto el proyecto. Hubo unos controles de cambio que pago Eficacia, y eran acuerdos entre las partes cuando un requerimiento en su dimensionamiento no fue creado por las partes y se decidió hacer ese control de cambio dentro de la metodología. Hubo sobrecostos y desde el inicio comenzó a verse que ese tema nos impactaba, nos toco contratar con terceros medios magnéticos, tampoco fue bueno el desempeño de las obligaciones. Después de la salida en vivo los tiempos de respuesta eran demasiados altos. Se afecto eficacia en su economía y en sus relaciones con sus clientes. Se comenzó el proyecto con Edwin primer gerente, después paso a otra persona por que él renunció y llego Luis Alberto Leguizamón, después paso a Carlos hasta el final. Integrar no pudo tener control sobre las consultorías y eso genero incumplimientos. Como consta en documentos había un proceso de planeación de un dimensionamiento de la máquina de desarrollo la que colocó Integrar y decidieron las características pues ellos conocían de Oracle eran los expertos, la máquina no funcionó se quedo corta, en la máquina de desarrollo también y en ella se hacían todos los pilotos pero no fue posible y se colocó otra máquina en alquiler. No hubo en este aspecto un frente dedicado a la calidad del software. Hubo un tema de desempeño y fue el programa de operaciones, y por ello el frente de automatización quedo monosaurio, es decir el desarrollo funcional era muy bueno pero para una sola persona y el programa iba a ser administrado por 100 o más, en caso de nomina la gente de gerenciamiento que está en todo el país el programa no funcionaba y una persona tenía que hacer todas las actividades sin ningún rendimiento. No nos recomendaron sistemas distintos de Adam ni nos advirtieron que podía tener debilidad. En Eficacia todos estaban preparados para el proyecto, y todos participaron para seleccionar al proveedor, revisaron los RFP's y plasmaban lo que necesitaba Eficacia, no existían dos tipos de gente, todos querían el proyecto. La oferta mercantil incluía la solución, la

máquina y la consultoría era una solución integrada o sea que el proponente garantizaba y se firmo en la oferta era lo que tenía que entregarnos para poder administrar en Eficacia los sistemas de información. Hubo problemas de licenciamiento, como el caso de un simulador que no servía y eso lo pago Eficacia y cada año le paga a Oracle por que Assenda se equivocó, esto comenzó con la implementación de la administración del servidor, Assenda solo tenía que alojarlo. Soy tecnólogo en sistemas, formado en el Centro Colombiano de Estudios Profesionales de Cali, mis gerenciales han sido a través de IBM donde he hecho el aprendizaje. Se contrató a Price para hacer la planeación no para hacer los RFP's. En la fase de definición es donde se define como se va a trabajar, que metodología se va aplicar, es el primer documento que se llama plan del proyecto donde se definen las normas y condiciones que se requieren para que todos hablen el mismo lenguaje, los gastos de viaje como se mueve la gente, el tiempo de estadía, elementos de administración del proyecto, el cronograma y se definen los roles de cada persona que va a estar ahí. Hay una etapa de análisis de requerimientos, ese análisis de requerimientos es que yo pedí que la casa me la hicieran blanco como quieren que se la pinte con blanco hueso o blanco cobre entra esa etapa de entendimiento y no se cumplió, y nosotros esperamos unos especialistas, unas personas que tenían que cumplir con los requerimientos. Cuando llegó Gustavo Caicedo al final del proyecto, no pudo hacer nada por el desorden en todo el proceso el daño ya estaba hecho porque desde el comienzo inician los incumplimientos y él no pudo salvar la situación. Dada la metodología que nos dio Integrar debería haber garantizado que la calidad del producto entregado fuera bueno y no colocar a hacer la tarea a los usuarios funcionales, uno como usuario entra a validar su función que es saltar el click al dar enter pero no los resultados que daban las pruebas, eran de desarrollo, mala calidad en el desarrollo. Nos hicieron una presentación de Adam en las instalaciones de Assenda y se llamo a México para hablar con el director de sistemas y nos hablaron de Adeco que es un gran competidor de Eficacia y tiene el volumen y las condiciones, lo cual fue un requerimiento de Assenda. Los requerimientos son los RFP's y eso lo mantuvimos hasta el final que Assenda hay tenido que hacer algo adicional para cumplir es responsabilidad de Assenda, los requerimientos están claros y concretos y los que son de ley no lo define Eficacia. Los requerimientos son iguales no han cambiado. Desconozco si están hablando de 5.000 requerimientos. La facturación estaba estándar decía todos los requerimientos que se cumplían y salieron haciendo una facturación de cero por qué no sirvió el producto, que paso con el potin, no sirvió, pues tuvieron que hacer un sistema de

información, puede ser que esos 5.000 objetos nuevos fueron generados por el incumplimiento de Assenda definido en la contratación.

CARLOS MAURICIO RAMIREZ IGUARAN. Testimonio recibido el 18 de septiembre de 2009, Acta No. 12. En ese entonces funcionario de Assenda. Yo inicie un proyecto en febrero de 2006, me desempeñaba como consultor del sistema de costeo y líder del frente DBI y lo de Business Intelligent, posteriormente la salida en vivo de 2008 era como Coordinador técnico de los consultores fui enviado por Assenda para ayudar con la salida de producción de sistema. La situación es injusta con Assenda. Desde el principio el proyecto estaba mal dimensionado, los usuarios no tenía claro ni lo que querían ni lo que necesitaban hubo una serie de cambios en el alcance y en la metodología del PMI que es la más reconocida mundialmente. Eficacia cambio el alcance para agrandarlo con impacto en el tiempo y en el costo. No tenían el personal disponible tampoco en las pruebas integrales yo estuve allí y tuvimos muchos problemas. En el dimensionamiento de la máquina no era nuestra responsabilidad y eso aparece en el contrato que debíamos responder por las maquinas de producción sino cuando hiciéramos ese dimensionamiento. Nosotros tuvimos error por intentar cumplir el sueño de ellos. Relata enfrentamientos entre Jaime Gálvez y Julia Nigma Mustafá. Los cambios del alcance o se negociaban algunas condiciones con los usuarios de Jaime en la parte de contabilidad financiera y presupuesto, y se definían los MD, y después se cambiaba por que Jaime los modificaba. En Eficacia trabajaban bastante presionados, en febrero de 2006 acababan de sacar a un consultor de Data tecnología del frente Adam y el que llegó estaba asustado por que al anterior lo habían sacado del hotel, en otra oportunidad rompieron un acta de una de las consultoras argumentando que le iban hacer unos ajustes. La interventoría no fue mala fue pésima. Era responsable del presupuesto del proyecto y de Integrar el plan de pruebas lo que tampoco hizo no hacían seguimiento a los compromisos. Éramos responsables del dimensionamiento de las máquinas de prueba y de desarrollo. Esto implicaba que ya hubiésemos salido a producción, evaluar como estaba el software y diseñar la maquina lo que implicaba un pago adicional que nunca se hizo, se utilizó un estándar de máquina y cuando salió a producción, con una maquina que no había sido probada y eso no es responsabilidad de nosotros. La responsabilidad de probar las máquinas era de Eficacia y la interventoría. Integrar no podía probar las máquinas por que no había terminado el desarrollo. Dijimos que si al proyecto, pero proyectos de esa magnitud uno tiene que ser claro en el alcance y sabe más

o menos que lo que están pidiendo es complicado y muy complejo y no íbamos a asumir un diseño de unas máquinas que todavía no sabíamos que tan grande iba a ser el desarrollo. En junio del año pasado yo ya no estaba en el proyecto arranque otro. El paralelo que se hizo fue muy pobre y se abandonó muy pronto no debió ser así debió seguirse todo el mes. No tengo el dato del crecimiento de empleados y hasta donde empezaba a crecer, en ese momento se hablaba entre 28.000 o 25.000 no recuerdo muy bien, me comentaba Sandra Serna con quien yo interactuaba. No tengo claro el problema de licenciamiento en Ecuador, pues básicamente la misma parametrización que se utilizaba para Colombia servía para Ecuador luego implícitamente se iba haciendo un paralelo entre los dos es decir montando simultáneamente. Se refiere a la carta que había firmado antes dirigida a Eugenio Castro estando disponibles para reunirse con el Dr. Ayerbe para que nos ilustrara de la situación que no habíamos vivido antes. Suscribí la carta para apoyar el proceso o sea para decir que estábamos disponibles y brindar el testimonio de lo que fuere necesario para aclarar este proceso.

CESAR AUGUSTO RESTREPO GONZALEZ. Declaración tomada el 11 de septiembre de 2009, Acta No. 9, en ese entonces actúe como Gerente Administrativo del proyecto a nombre de Assenda. Durante el tiempo que estuve en el proyecto siempre hubo actas firmadas de lo que se realizaba. recuerdo que eficacia comenzó un proyecto para sistematizar su compañía y nos envió los RFP's y otras compañías, requerimientos para la implementación de una aplicación que requería para adaptaciones en el software para responder a los requerimientos especificados e los RFP's. Los requerimientos eran como pliegos de una licitación con las condiciones y requerimientos técnicos que solicitan. A juicio de Assenda, Adam pudiera ser la compañía que tuviera el diseño de aplicativo más cercano que requería Eficacia, el que estaba montado en pananco Coca Cola, entonces se conformo una solución entre Oracle Business Suite Adams y equipos IBM por que la tradición de Eficacia era con IBM y se conformó esa solución. Participamos en la configuración de los equipos que en su momento dijimos debían ser ajustados dada la complejidad del proyecto y que no era una solución estándar sino que requería ajustes. Assenda se dedica a integrar diferentes alternativas de solución para ofrecer soluciones integrales y cuando esto se hace se buscan los expertos y por eso recurrió a Oracle y Adam, así como el tema de los equipos por experiencia de 30 años. Cuando yo asumí recibí el proyecto que tenía algunas complicaciones y se había hecho una propuesta de salida no me acuerdo el mes pero no se salió por inconvenientes en falta de

claridad en la definición de las partes de los requerimientos y Eficacia hacia cambios, y entonces se incurre en el problema por las cosas que no quedan claras y ellos esperaban más de lo ofrecido. En las primeras etapas del proyecto se definieron unos lineamientos con un plan de trabajo que se empezó y comenzaron los inconvenientes que después se agravaron desde el punto de vista de Eficacia por adiciones que pedían y los funcionarios de ella se demoraban. Eficacia exigía consultores expertos y que no era fácil mantener. Pusieron inconvenientes a la configuración de los equipos. También tuvimos inconvenientes de parte de nuestros subcontratistas por requerimientos injustificados de Eficacia. Yo no participe en el análisis de los requerimientos y entiendo que no solamente lo revisó Assenda sino también los expertos de Oracle y Adam y de IBM. Assenda hizo una propuesta respondiendo a los requerimientos y la metodología como se trabajaba en este tipo de respuestas. Hubo una negociación posterior al arranque del proyecto y Eficacia aceptó cambios sugeridos por Assenda para el cumplimiento del proyecto. se refiere a la configuración de los equipos y a los inconvenientes y reclamos de Eficacia, los que originaron que se trajeran las nuevas máquinas ya para salir en vivo. Las máquinas presentaron inconvenientes que pasan en todos los proyectos pues las cargas estimadas sobrepasaron lo tenido en cuenta. Los retrasos eran conciliados en los comités de gerencia, para que no impactara tanto el proyecto y Pedro Nel trabajó en eso. IBM se demoró un poco en la entrega de los equipos. Los tiempos de respuesta obedecían no por mal diseño sino por hacer ajustes y la información que llegaba al sistema era diferente. El problema no eran los equipos eran los programas. Al final alquilaron a IBM otros equipos para surtir deficiencias. Los problemas de la salida en vivo era la falta de precisión de los requerimientos iniciales y los que surgieron posteriormente. La gente se quejaba de este punto. Muchos de los problemas fueron de Assenda que consistió eso, hubo flexibilidad de parte nuestra por aceptar los cambios y allí nacieron los inconvenientes. No recuerdo los temas del licenciamiento. Cuando yo tome el proyecto como director existía también el gerente, Edwin se retiró y lo reemplazó Luís Alberto Leguizamón, quien también se retiró y luego colocaron a Carlos Rojas, es decir de parte de Assenda no hubo cambios continuos a nivel de dirección siempre hubo disponibilidad de recursos. los equipos de cómputo eran los indicados y así lo dijo IBM. No sería capaz de precisar las cifras, pero cuando se cotizó basados en los RFP's Eficacia tendría alrededor de 20.000 o 25.000 empleados y cuando terminamos alrededor de 35.000, por que en el comité se comentaba que iban ganando negocios. El crecimiento de personal o de empleados implica mayor información que los

sistemas deben albergar. Más capacidad de disco, más movimiento y más proceso. No recuerdo si es incremento de personal implicaba cambio de modelos. para mí la implicación sería más bien desde el punto de vista de los equipos. La fase de definición la desarrolló el área de consultoría, y en esa fase había tiempo para responder los RFP's, habían cosas que no tenían precisión y detalles. En esa fase se debía haber construido la solución final para hacer los ajustes en máquinas, en el diseño de la solución y los ajustes y cambios, terminada esa fase se supone que el proyecto debería quedar definido y con base en ellos los tiempos para entregarlos. Se espera que una compañía tenga una solución estable después de hacer ajustes, de salir en vivo, y allí vienen otros ajustes. La solución se prueba con el soporte de Assenda y pueden surgir inconvenientes por capacitación. Assenda si debería estar al lado del cliente para apoyo, pero el responsable de hacer la prueba es el cliente. Es inconveniente que a un usuario lo cambien en la mitad de un proyecto porque él es el que ha participado en la construcción y adecuación de cierta información y tiene la responsabilidad de transmitirla, al que volver a iniciar y contar el proyecto. No recuerdo los cambios de impacto. En Eficacia se retiró una niña embarazada, no recuerdo que otros casos hubo. Hubo efectos de red no me acuerdo cual fue el impacto pero atrasó el cumplimiento de Assenda en algunos requerimientos por que al entrar al sistema estaba caído.

De igual forma que los testigos anteriores, los declarantes ANDRES FELIPE FUENTES GENSINI, RAUL DARIO GOMEZ GOMEZ, HUGO ALEJANDRO SGHNOFFY ENCINALES, ADMET LEOCADIO LONDOÑO, EDWIN JOSE ALVAREZ, OSCAR DARIO MORALES y LUZ MERY SANCHEZ, concuerdan en sus dichos, según su relación con la parte interesada, denotando para el Tribunal el interés que cada grupo tenía por señalar la responsabilidad en el otro, concluyendo el Tribunal que a pesar de los dichos de ellos, se demostraba y perfilaba el incumplimiento a cargo de ASSENDA de entregar el sistema integrado, así como se ha referido en las otras pruebas, que algunos aplicativos no fueron entregados, otros sí pero con relación a estos últimos posteriormente surgieron las incidencias que ocasionaron la negativa de la convocante a recibirlos a conformidad, y por último al rompimiento de la relación comercial entre las partes.

Pieza procesal importante en este trámite y en particular en lo referente al cumplimiento de las actividades de la Oferta que debía ejecutar la convocada, lo

constituye el dictamen pericial técnico, que por solicitud de la convocante se ordenó y practicó durante la etapa probatoria, dictamen que obra a Folio 01 a 056 del cuaderno 11 y las correspondientes aclaraciones que rindió el perito a petición de las partes, visible a folios 02 al 111 del cuaderno 13, en el cual el perito sin modificar los conceptos del experticio inicial hace las aclaraciones solicitadas por las partes dando más claridad al peritazgo sin modificarlo, y con una claridad que ha hecho más útil el dictamen para los árbitros.

En este dictamen, y de manera enfática, el perito al contestar la pregunta A que formula el Abogado de la Convocante sobre *“Si en los distintos procesos de implantación del sistema integrado, Integrar siguió la metodología que había indicado en su Oferta?, contestó afirmando que el proyecto se planeó y ejecutó siguiendo las metodologías propuestas (AIM-PMI), pero que el plan del proyecto preparado con base en tales metodologías no se cumplió ni se gestionó en su totalidad de acuerdo con las metodologías adoptadas”*. El perito, como él expresa pudo establecer los siguientes hechos como no ajustados a la metodología adoptada:

- Manejo de solicitudes de cambio: No todas las solicitudes de cambio siguieron el procedimiento definido. Muchos cambios fueron aprobados directamente en reuniones del comité Directivo, si surtir el procedimiento de control de cambios, el cual permite controlar el alcance del proyecto y asegura que los cambios sean documentados, evaluados y aprobados antes de su implantación. Igualmente permite realizar seguimiento a los cambios aprobados.
- Manejo del cronograma. El proyecto inició su ejecución con un cronograma que incluía las actividades, la duración de las actividades y la mayoría de las precedencias. Sin embargo no tenía asignación de recursos ni esfuerzo, lo cual se requiere para contar con una línea base que permita el control efectivo del avance del proyecto.
- Aseguramiento y control de calidad. En el plan de calidad no se definieron métricas para asegurar la calidad de los procesos de gestión del proyecto, ni métricas para determinar la calidad de los entregables. Esto dificulta los procesos de verificación y aceptación de los entregables.
- Manejo de comunicaciones. En el plan de comunicaciones, no se incluyeron los subcontratistas de Integrar/Assenda. Dada la importancia de

los subcontratistas, su inclusión en los procesos de comunicación es crucial para el desarrollo armónico del proyecto.

- Gestión de subcontratos y compras. Se encontraron dos hechos acerca de la relación con subcontratistas: **(1)** Reportado en el acta de Comité Directivo 027 de 20 de Marzo de 2007, en la cual se registra que *“El gerente de proyecto de Integrar manifiesta su preocupación por su falta de autoridad con los consultores del frente de Adam”*; **(2)** Acta de comité directivo de proyecto 003, del 10 de Abril de 2006, en la cual se reporta desconocimiento de la metodología por parte del equipo de Adam. Estos hechos reflejan que no establecieron reglas claras de autoridad y comunicación de las personas de los subcontratistas y que no se tuvo en cuenta la necesidad de entrenamiento en la metodología para los subcontratistas.

De igual manera es contundente el dictamen del perito al contestar la pregunta C, visible a folio 014 del cuaderno 11, en la cual al preguntársele por cuáles de los subcontratistas que ASSENDA vinculó al proyecto dejaron de realizar las tareas que les fueron encargadas o las realizaron tarde o de manera defectuosa, el perito contestó, que las mayores dificultades se presentaron con el frente Adam a cargo del subcontratista Data Tecnología, expresando que con respecto a ese frente se encontraron múltiples referencias documentales en las cuales se mencionan problemas con respecto a la disponibilidad, oportunidad y calidad de los recursos asignados. En este orden, dictamina el perito que la Convocada se apoyo para la ejecución del proyecto del sistema integrado fundamentalmente en dos proveedores con los cuales subcontrató los dos frentes centrales de la solución, describiendo el perito en cuadros visibles a folios 15, 16, 17 y 18 del cuaderno 11, los subcontratistas, los módulos productos o servicios prestados y las fechas pactadas para la ejecución de los trabajos así como los desfases, de los cuales se deduce, en lo que se refiere a la convocada los incumplimientos y sus programas de acción para el cumplimiento oportuno y suficiente de los servicios de consultoría y demás actividades de qué trata la oferta.

De relevancia para el desarrollo del cronograma cuyo desfase por las razones que se anotan en el laudo no tuvo efectivo cumplimiento resultó que de parte de ASSENDA no se mantuvo el ritmo de trabajo ofrecido y necesario para realizar las actividades a su cargo, de acuerdo a lo previsto en el cronograma elaborado por ella y aprobado por Eficacia, cuya dilación ha encontrado comprobada el Tribunal

no solo por el hecho físico del transcurso del tiempo, pues después de casi tres años de labores la solución integral no funcionaba, hecho también probado con las manifestaciones de los participantes en los comités directivos, a lo largo de las actas 01 a 74 ya referenciadas, e igualmente lo relevado en las llamadas regiones de seguimiento del comité de autoría del proyecto analizadas por el Tribunal, e igualmente por el dictamen técnico, que en su parte pertinente está visible a folios 18 a 20 del cuaderno 11, en el cual concluye de acuerdo a las figuras que presenta en los folios referidos, que para el periodo 20 de abril de 2006 a 20 de julio de 2007, el proyecto aparece atrasado con respecto al plan, lo que se observa como una tendencia general del proyecto, y prueba su atraso permanente. El raciocinio realizado por el perito lo comparte el Tribunal pues utiliza una metodología lógica en comparar el avance real del trabajo contra el avance planeado, determinando un valor porcentual de su avance, lo cual es armónico con lo comentado en el propio comité directivo (Acta 23 de 13 de febrero de 2007 folio 079 cuaderno 1.1.), en el cual se trata de los temas pendientes para continuar con el Acta No. 024 de 20 de febrero de 2007 en donde se grafica para explicar en términos de avance del cronograma el porcentaje planeado y el porcentaje ejecutado y la diferencia, reflejando que los mayores atrasos están representados en construcción y desarrollo.

En el ejercicio de calificar el incumplimiento contractual discutido en el proceso, se comprobó por parte del dictamen técnico que coincide con las manifestaciones de la propia convocante, que a la fecha de ruptura de las relaciones comerciales entre las partes, se encontraba sin entregar una parte importante de los módulos integrantes del sistema integrado como se referenció en los folios 21 a 23 del cuaderno 11. Este hecho hace que desde el punto de vista del cumplimiento de la prestación obligacional a cargo de ASSENDA, el Tribunal la tenga por incumplida al no suministrar y poner en funcionamiento el sistema integrado con todos los módulos que lo componían pues esa fue la verdadera intención de las partes, y la necesidad que ofreció suplir ASSENDA a Eficacia.

También, se revisó por el Tribunal si en la labor realizada por ASSENDA en la ejecución de la oferta se cumplieron los términos de tiempo y calidad, teniendo en cuenta aspectos importantes como lo eran la salida en vivo que constituía la prueba fundamental de la operatividad y funcionalidad del sistema, la cual como se conoce de autos nunca pudo ser realizada en las fechas inicialmente programadas por razones de orden técnico. En este aspecto, y por ser de orden

eminentemente técnico y porque además lo demuestran las actas del comité operativo en sus distintas reuniones y discusiones entre los participantes alrededor del tema, el Tribunal habrá de acogerse al experticio técnico del perito Gonzalo Vela Medina, expresa en su dictamen a folio 024 del cuaderno 11, que pudo establecer “que después de la salida en vivo del 2 de octubre de 2007 el sistema integrado presentó problemas fundamentales de tres tipos, a saber: 1) Problema de tipo funcional: no realizar las funciones para las cuales el sistema fue especificado y construido. En cantidad, los problemas de tipo funcional, fueron menores a lo esperado (informe de interventoría No. 26 de octubre 26 de 2007) sin embargo el 19 de octubre de 2007, 17 días después de la salida en vivo se presentó un error “bloqueante” que, aunado a los problemas de tipo no funcional, precipitó a que Eficacia tomara “la decisión unilateral de retomar todos los procesos de la operación con los sistemas anteriores (GP-SIF-Gacela-CG1), hasta diciembre de 2007, mientras se sigue trabajando en paralelo con el nuevo sistema para probar y corregir las inconsistencias que se presenten”. 2) Problemas de tipo no funcional: realizar las funciones especificadas en condiciones no satisfactorias, por ejemplo, con tiempos de respuesta mayores de los requeridos. Según diferentes documentos examinados por el perito e información verbal suministrada por las personas entrevistadas, los problemas de tipo no funcional estuvieron relacionados fundamentalmente con tiempos de respuesta considerados por Eficacia como “de bajo desempeño por grandes palabras de procesamiento” y los cuales tuvieron el mayor impacto negativo en el sistema integrado. El perito indagó tratando de establecer si existía algún tipo de acuerdo formal entre las partes con respecto a especificaciones de desempeño del sistema integrado, sin embargo no pudo establecer la existencia de tal acuerdo. En estas circunstancias, no se dispone de un parámetro de comparación, y por tanto, el concepto de desempeño solamente se podría evaluar por ejemplo en comparación con el sistema anterior, pero aún así, no es un criterio acordado y podría no ser equitativo. Así las cosas, los únicos criterios que se pueden aplicar son el de la experiencia y las buenas prácticas para sistemas de tipo transaccional, como lo es el sistema integrado. En la experiencia del perito, los tiempos de respuesta y el desempeño general del sistema integrado en las semanas posteriores a la salida en vivo del 2 de octubre del 2007, no ofrecían condiciones apropiadas para la operación de Eficacia, tal como se reporta en la tabla 9 –referencias a problemas de desempeño en plataforma de producción– (folios 039 al 043 del cuaderno 11). 3) Problemas de datos: relacionados con atributos de calidad que los datos deben tener tales como formato apropiado,

consistencia, completitud entre otros. Con respecto a la calidad de los datos, los registros del proyecto indican que, aunque en menor grado que los problemas de tipo no funcional y de tipo funcional, también contribuyen al bajo desempeño del sistema integrado”.

Es de anotar que de lo expuesto por el perito en su aclaración al dictamen y concretamente a la pregunta f), se puede colegir que si bien el interventor del proyecto debe revisar el detalle de las pruebas de desempeño y aprobadas estas deben preparar la salida en vivo, pero también es cierto que Eficacia de acuerdo con el 2.4 de la oferta de febrero 1 de 2006, se reservó el derecho de efectuar, después de recibir el sistema integrado en ambiente de producción y antes de la salida en vivo del mismo, pruebas de desempeño que involucren no solo el hardware suministrado sino todo el sistema integrado en general. Esto quiere decir que Eficacia no podía responder unilateralmente por actos relacionados o dependientes de la prueba de desempeño y la salida en vivo, pues en ello requería unos hechos relacionados con las actividades propias de ASSENDA como era haber recibido el Sistema Integrado en Ambiente de Producción.

Se ha expresado por la demandante que algunos de los productos entregados por ASSENDA en los distintos procesos de implantación del sistema integrado no respondieron a los requerimientos técnicos y funcionales previstos en la oferta. El Tribunal al investigar sobre los elementos probatorios allegados al proceso para verificar tal hecho, encuentra, en los comités directivos del proyecto, que al igual que en otros productos se discute entre los participantes las condiciones de funcionalidad e inconsistencias, discutiendo las causas, razones y responsabilidades, y por sobre todo no aceptando, las imputaciones mutuas que se hacen, pero dedicándose a buscar soluciones. En el caso particular, ni el comité ni los declarantes hacen fe al Tribunal en sus dichos, pues polarizan sus particulares esfuerzos a construir trincheras de defensa sin buscar la verdad real o mejor la visión imparcial de la situación. Por el contrario, el Tribunal acude al concepto técnico, pues este además de su formación técnica, extrae de las pruebas documentales del proceso los análisis pertinentes para absolver las preguntas de las partes en la solicitud del peritazgo. En este punto y frente a la imputación de si los productos entregados por ASSENDA en los distintos procesos respondieron a los requerimientos técnicos y funcionales manifiesta, que no todos los productos entregados respondieron a los requerimientos técnicos y funcionales que permitieran la operación en vivo, apoyándose para ello en la

respuesta que da a la pregunta h) en su experticio, en el cual observa “un alto número de inconsistencias de severidad grave (93%) y adicionalmente para un número importante de esas inconsistencias (77 de 271)” la solución tardó más de cinco días. Estas inconsistencias, expresa el perito están relacionadas con operación errónea o con tiempos de respuesta tan largos que la función ya no resulta utilizable para los fines prácticos de la operación en vivo, esto se puede apreciar en la figura 9-distribución de inconsistencias por módulo, en que la gran mayoría (85) se presentaron en el módulo de ADAM.

En la posición de Eficacia expresa que no obstante, después del plazo inicial, haberse entregado algunos productos, al hacerse el proceso de implantación del sistema integrado generaron fallas e inconsistencias en su operación, y no solo antes sino también después de la salida en vivo. Como en otros casos, por ser un punto eminentemente técnico en su identificación y funcionalidad, el Tribunal acoge el dictamen técnico según el cual en la indagación de los hechos el perito “obtuvo una muestra representativa de información histórica acerca del comportamiento de inconsistencias, incluyendo su aparición acumulativa, sus causas y evolución de la solución”, seguramente para medir su impacto. Los registros de la investigación, corresponden al periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2007 y el 3 de abril de 2008, dentro del cual se produce la entrada en vivo de febrero de 2008. La información obtenida se encuentra en una planilla electrónica (Microsoft^R Excel) de registro de inconsistencias, la cual fue entregada al perito tanto por Eficacia como por Assenda, encontrando que en las dos versiones existe un error de formulación para el conteo de los tipos de inconsistencia y severidad, consistente en que solamente se cuenta una parte de las inconsistencias registradas. El perito se aparta de esa situación y ha elaborado su análisis incluyendo el conteo de todas las inconsistencias registradas. La figura 4-estadísticas de inconsistencias según la causa, visible a folio 27 del cuaderno 11, resume la evolución de la aparición de inconsistencias en el periodo mencionado clasificadas según la causa, las que fueron definidas, en el plan de pruebas del proyecto, teniendo como posibles causas errores del sistema (funcional), datos, procedimiento, parametrización, capacitación y hardware. El perito deduce de la figura 4 un crecimiento casi constante de inconsistencias acumuladas, interpretando este hecho con tendencia a ser constante, afirmando el perito que la mayor causa, o casi la única, está asociada a la clasificación “error del sistema”. De acuerdo con los registros de las inconsistencias, el error del sistema corresponde al sistema integrado. Resalta el

perito que de un total de 290 inconsistencias al final del periodo de medición 282 corresponden al error del sistema, lo cual corresponde al 97% del total. El segundo causante de inconsistencias fue la parametrización que se dieron en número de 3 al comienzo de las labores, las que se mantuvieron un tiempo posterior sin volverse a presentar. Las inconsistencias se clasificaron en los grados de grave, moderado y leve, siendo las primeras el 93% y debidas a error del sistema. Este hecho se muestra en las figuras 7 y 8 del dictamen (folios 29 y 30 del cuaderno 11). ADAM contribuyó como se aprecia en la figura 9 de manera significativa con el 85% de las mismas. En conclusión, la imputación de Eficacia en el punto en análisis es válida y las fallas o inconsistencias en la operación de los productos entregados impactaron el proyecto.

Se debe anotar que las fallas e inconsistencias relacionadas en su cuantía, severidad y origen, no fueron solucionadas de manera oportuna, no obstante los esfuerzos de las partes interesadas en el comité directivo y los señalamientos de la interventoría. En este aspecto el perito técnico, así lo manifiesta, considerando que los tiempos de solución para las inconsistencias de severidad grave, al menos 108 soluciones tardaron más de dos días y 77 tomaron más de una semana (5 días), hechos que para la celeridad de un sistema integrado y su operación práctica tiene efectos impactantes en su operatividad. Por ello, de acuerdo con la definición de severidad grave, que es la más alta, esta situación no permite operar apropiadamente el sistema integrado, y aceptando la parcialidad de su funcionamiento, al menos los módulos afectados con estas inconsistencias. El peritazgo a folio 32 y 33 del cuaderno 11, figuras 10, 11 y 12, muestra la evolución de la solución de inconsistencias.

De las inconsistencias declaradas y registradas como terminadas el perito presume que fueron solucionadas de manera adecuada. Describe el perito la metodología para este tipo de trabajo, definiendo que quien certifica que el sistema esté listo para entrar a pruebas es la interventoría, y si hay un error el usuario llena el formato y reporta el error vía e-mail a la mesa de control determinando si es bloqueante o no pero el origen del error se determina por la consultoría, determinando la posible fecha de entrega del arreglo para continuar la prueba. Por ello Eficacia advirtió en comité directivo que podían existir inconsistencias y por ello aplazaba la salida en vivo como ocurrió en más fechas y con el beneplácito de ASSEENDA. En resumen, hubo inconsistencias que impactaron el proyecto y la prueba de ello reposa en las actas de los comités

directivos donde se discutieron los temas y se convinieron soluciones que se dilataron en el tiempo sin control por parte del responsable del proyecto del sistema integrado de información.

Un tema muy debatido en el proceso resultó ser el proveniente de la obligación de ASSENDA descrita en la cláusula 1 del objeto, y en el punto 1.2. literal iv) cual era el de “vender a Eficacia los equipos necesarios para la instalación y correcto funcionamiento del sistema integrado de acuerdo con las condiciones estipuladas en la presente oferta mercantil. La identificación de los equipos, así como sus características técnicas y operativas son las que han sido establecidas por ASSENDA en la oferta preliminar y en el documento de negociación contenidos en los anexos 2 y 3 respectivamente; y v) realizar los trabajos de instalación y puesta en funcionamiento de los equipos, así como la correspondiente capacitación al personal de Eficacia, de acuerdo con los términos y condiciones que se especifican en la oferta preliminar, el documento de negociación y el cronograma incluido en el anexo 4 de esta oferta mercantil, y vi) realizar el mantenimiento correctivo de los equipos durante el periodo de garantía especificado en la oferta preliminar y el documento de negociación”.

En este punto como en el de algunos otros referidos ya por el Tribunal, el tema es absolutamente técnico y el Tribunal habrá de apoyarse necesariamente en la prueba pericial pues para ello la tiene establecida la ley como un complemento para el desconocimiento del fallador en aspectos técnicos, sin perder obviamente este el juicio que pueda hacer sobre las conclusiones del perito cuando las encuentra contradictorias frente a otros elementos de prueba que reposan en el proceso, y mucho más en este cuando no prosperaron las objeciones al dictamen. El perito técnico, en un extenso análisis que realiza al tema, visible a folios 34 a 44 del cuaderno 11, después de analizar el comportamiento de los equipos sugeridos por Integrar para correr en ellos los aplicativos del sistema, tanto en el ambiente de desarrollo y pruebas como en el ambiente de producción y en cada uno de ellos las condiciones técnicas de su performance, conceptúa:

1. “El correcto funcionamiento de un equipo o sistema debe estar definido en términos de atributos verificables y medibles. Estos atributos o métricas de desempeño están asociadas, por ejemplo, con tiempos de respuesta esperados, número de usuarios simultáneos que puede atender, número de transacciones que puede procesar por unidad de tiempo (por segundo,

por minuto, por hora, por día). A manera de ilustración, el perito menciona el siguiente ejemplo de especificación de métricas de desempeño: “Los tiempos de respuesta de la aplicación serán medidos tomando como base los siguientes parámetros: (1) La inclusión de una orden de compra en cualquier momento. Este proceso debe ser continuo, y no debe presentar demoras superiores a 5 segundos en la validación de presupuesto de cada cuenta. (2) La ejecución de un Plan de Pagos semanal, ejecutado interactivamente en cualquier momento. Este proceso no deberá Excel 1 segundo por cada 60 registros. (3) La consulta del estado de cuenta de un proveedor. Esta consulta debe tomar máximo 5 segundos”. Para el caso que nos ocupa, las partes no definieron requerimientos formales ni se acordaron parámetros o métricas para determinar el desempeño requerido”.

2. “La capacidad de procesamiento del ambiente de producción instalado antes de diciembre de 2007, fue observado con un nivel de utilización del 95%, particularmente en los cuatro procesadores del servidor de ADAM. Sin embargo no es posible determinar si este nivel de utilización estuvo ocasionado solamente por limitación de su capacidad o por una combinación con otros factores como por ejemplo afinamiento de los aplicativos y calidad de datos. El hecho de que se hayan observado mejoras en algunos procesos al instalar el nuevo servidor, muestra que la capacidad de procesamiento jugó un papel importante, pero a su vez muestra que también existían problemas en aplicativos, pues de otra manera todos los procesos habrían mostrado mejoras. En general se advierte que el Sistema Integrado en producción (en octubre 2 de 2007) operaba en forma degradada al punto de que no era utilizable para las funciones de EFICACIA que fue construido”.
3. “De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que el dimensionamiento de los equipos correspondientes al ambiente de producción presentó limitaciones de desempeño, pero no es posible establecer en qué grado. Si se comparan las características del servidor de desarrollo con las de los servidores de producción, se observa que son muy similares y que la única diferencia está en la velocidad del procesador que es aproximadamente 40% mayor en los servidores de producción. Esto permite proyectar en los servidores de producción un rendimiento ligeramente mayor al de desarrollo y pruebas, pero no suficiente para atender apropiadamente toda la carga de operación”.

Para el Tribunal es claro, no obstante las aclaraciones del perito en los aspectos de graduación de las limitaciones del desempeño, que presentaron fallas, que al final afectaron el desarrollo del proceso, las operaciones propias del sistema, así hubiesen sido objeto de correcciones posteriores, es decir, la obligación de ASSENDA de acertar en el dimensionamiento de los equipos dentro de su obligación de recomendarlos para el cabal funcionamiento del sistema integrado presentó fallas, de las cuales fue el directo responsable.

En su demanda EFICACIA pide que se reconozca incumplimiento de ASSENDA por no haber entregado las licencias a que se obligó, hecho que al confrontarse con las pruebas que reposan en el expediente y el dictamen pericial, pudo establecer que Assenda entregó las licencias especificadas en el documento de negociación, con el inconveniente que presentaron en particular las licencias del producto Oracle, no resultaron suficientes para los requerimientos reales de operación de los ambientes de desarrollo, pruebas y producción por lo cual fue necesario revisar y ajustar el licenciamiento con Oracle, procediendo ASSENDA a solicitar a Eficacia autorización para la entrega de las licencias Oracle, Adam y Gauss, especificadas en el documento de negociación. Posteriormente en mayo de 2007, surgieron entre las partes dudas acerca del requerimiento de Oracle versus lo ofertado y contratado, y después de varias discusiones en el comité directivo y en consulta con Oracle, se determinó que el licenciamiento especificado en el documento de negociación no era suficiente para los requerimientos reales de los ambientes de desarrollo, pruebas y producción. Por último se propuso que Eficacia pagaría lo que corresponda a ellos por el costo adicional de las nuevas licencias, y no asumir el costo total. Por último el perito deduce que el tema al final, devino en una reclamación económica entre las partes que no han discutido y que asume que el asunto de licenciamiento se resolvió de cara al proveedor. El Tribunal encuentra que las licencias se entregaron en su totalidad, y que no habrá lugar a pronunciamiento favorable de la pretensión del convocante en este aspecto.

Por último y en armonía con el debate principal del proceso en cuanto al incumplimiento de Integrar de cumplir con la obligación de entregar en funcionamiento a Eficacia el sistema integrado de información, es pertinente que el Tribunal manifieste que después de analizar todo el material probatorio que se construyó en el expediente desde su inicio, periodo de prueba y demás

documentos del mismo, el sistema integrado de información como una unidad tecnológica, que funcionaba en conjunto para los fines que lo requería Eficacia, no fue puesto a su disposición ni durante los primeros doce meses contractuales ni en el tiempo posterior hasta el rompimiento de las relaciones entre las partes. Este hecho a juicio del Tribunal es irrefutable y resulta palpablemente demostrado con los juicios realizados en los párrafos anteriores. En este sentido el Tribunal se remite al experticio técnico del ingeniero Gonzalo Vela que al contestar las preguntas m) y o) del interrogatorio que le formulara la convocante, conceptuó: “el perito pudo establecer que varias de las dificultades relacionadas con las preguntas y respuestas anteriores generaron atrasos en los procesos de implantación, prueba y puesta en marcha del sistema integrado. En particular se pueden mencionar los siguientes: 1) Las dificultades y demoras en la asignación de los consultores para el frente de Adam, ocasionaron atrasos que no fue posible recuperar posteriormente; 2) El control de los subcontratistas, a propósito de los cuales en el acta del comité directivo 27 de 20 de marzo de 2007 se registra que “el gerente del proyecto de Integrar manifiesta su preocupación por su falta de autoridad con los consultores del frente Adam”; 3) El nivel, número y severidad de las inconsistencias presentadas, en las cuales exigieron una gran dedicación de los consultores de Assenda a su solución, con el consiguiente impacto en otros frentes del sistema integrado; 4) Los tiempos que tomaron las soluciones a muchas de las inconsistencias de severidad grave que según se muestra en la figura 12-estadísticas de solución de inconsistencias graves por días de solución-, que en un buen número de casos fue mayor de una semana; 5) Los problemas de desempeño de los ambientes de desarrollo y pruebas al igual que el de producción; 6) La salida en vivo de octubre de 2007 para la cual el sistema integrado aún no estaba maduro”.

A lo anterior se agrega el hecho a que alude el perito al responder la pregunta n) y dictaminar que en proyectos de la naturaleza del sistema integrado que se planifica de tal manera que la realización de la mayoría de las actividades depende de la culminación de otras anteriores, resultando en una cadena o secuencia en la cual cualquier atraso repercute en el desarrollo y actividades subsiguientes, particularmente cuando no hay holgura de tiempo, queriendo significar que las dificultades que se presentaron y se han analizado trajeron nuevas dificultades, por efecto de la secuencia en que todas se debían realizar. En este caso en particular el frente correspondiente a Adam afectó los procesos de implantación, prueba y puesta en marcha del sistema integrado por la no

disponibilidad de los recursos previstos, demoras que afectaron atrasos en otras actividades subsiguientes, como lo demuestra la tabla 1 del experticio y la figura 12 sobre inconsistencias graves. De otra parte, la calidad de los productos entregados en algunos casos fueron afectados por el no seguimiento de la metodología establecida, en particular los lineamientos del PMI en los cuales se basó la metodología de gestión del proyecto que sugiere que los entregables de las actividades, deben ser verificados antes de ser entregados para su aceptación. Los efectos anteriores, han generado el mayor efecto de fondo en la temática del litigio, pues como lo afirma el perito en su dictamen, “el sistema integrado con los componentes que hasta la fecha (24 de septiembre del 2009) ha entregado Integrar/Assenda a satisfacción de Eficacia satisface parcialmente la operación de las actividades de las empresas del grupo, comprobando el perito que en visita realizada a las instalaciones de Eficacia el 24 de septiembre estableció que el sistema integrado funciona parcialmente, observando el funcionamiento de CRM, gerenciamiento de clientes, varios módulos de Adam, facturación, ordenes de compra y contabilidad”. Para fundamentar su respuesta el perito se refiere a la tabla No. 6 (tareas pendientes) para Colombia y la tabla 7 tareas pendientes para el Ecuador, en las cuáles se muestran los componentes y ajustes que están pendientes, anotando que “si bien se observa alguna discrepancia entre lo que reporta Eficacia y lo que reporta Integrar-Assenda, para efectos de esta pregunta (o)), es claro que el sistema aún no permite la información integrada de todas las actividades de las empresas del grupo, puesto que hay unos módulos que no están operando y las empresas de Ecuador aún no están integradas”. Continúa el perito expresando “igualmente existe una lista de inconsistencias pendientes de solución que afectan varios módulos de la solución (sic), lo cual ocasiona que los módulos no operen o que operen de forma degradada al punto de no ser utilizables para la operación de Eficacia. La última versión de la lista de inconsistencias obtenida por el perito a través de Assenda corresponde al 20 de agosto de 2008”.

El hecho anterior también se evidencia en los comités directivos del período posterior al vencimiento del período contractual, desde el acta No. 24 hasta la 74, de cuyos textos se infieren la ocurrencia de todos los hechos y actividades técnicas que relata, verifica y descubre el perito técnico en su experticia.

Asimismo, los testigos en sus diferentes declaraciones y desde sus propias posiciones demuestran que el sistema integrado no funcionó como tal,

presentando las falencias que verifica el perito técnico y registran los comités directivos, obviamente deduciéndose las responsabilidades que el Tribunal resuelve en este Laudo

Los tres elementos probatorios analizados a saber: las actas del Comité Directivo desde la No. 1 hasta la 23, está última de fecha 13 de Febrero de 2007, los testimonios recepcionados en la etapa probatoria y comentados por el Tribunal en aparte anterior, el dictamen pericial, constituyen para el Tribunal la prueba contundente de que durante el primer año de ejecución del contrato, contado a partir de la fecha de la aceptación de la oferta acta, Assenda, no cumplió con la obligación adquirida en la Oferta Mercantil y en los anexos de la misma, pues hasta esa fecha como lo demuestran las pruebas no funcionaba el sistema integrado, no se había cumplido con la entrega de los entregables de obligatoria ejecución en su totalidad, y en resumen el contrato estaba en plena ejecución en actividades inconclusas, sin el beneficio que se ofreció a la Convocante.

No obstante el plazo transcurrido de la etapa inicial del contrato, sin resultados positivos para las partes por el avance del proyecto, estas continúan en búsqueda de la terminación del proyecto, observándose en las actas que corren desde la No. 24 hasta la 74 de 22 de Enero de 2009, reflejando la misma situación que las primeras, con la diferencia que se hicieron avances en algunas aplicaciones o módulos, pero sin que se entregara o mejor fuera puesto en marcha y funcionamiento el sistema integrado, como fue ofrecido por la Convocada a la Convocante, hecho que demuestran la narrativa de las actas, los mismos testimonios antes referidos y el dictamen pericial.

De las actas referidas, pudo extractar el Tribunal la ocurrencia de los hechos analizados, que caracterizan la conducta incumplida de parte de la Convocada al no cumplir las actividades necesarias para ejecutar los planes y programas que lo llevarían a proveer a la Convocante el sistema integrado, cuya utilidad le garantizó y prometió instalar y poner en funcionamiento en el tiempo convenido, y aún más, posteriormente a dicho tiempo por la aceptación tacita de la Convocante, que muy seguramente lo hizo en la espera de que en algún momento y de manera concertada y amigable le suministraran el sistema integrado, que venía esperando de la Convocada desde la aceptación de su Oferta.

Analizadas las actas referidas, encontramos como hechos relevantes al mencionar en este laudo las siguientes afirmaciones de los partícipes del Comité Directivo del proyecto, que no resultaron a lo largo del proceso desmentidas o controvertidas con hechos que contrastando esas afirmaciones demostraran que el sistema integrado ofrecido en la Oferta estaba funcionando al momento de romperse las relaciones comerciales de las partes, y después de un proceso de ejecución de la oferta de casi tres años . En este punto quiere el Tribunal hacer una enunciación breve de los principales hechos debatidos en las actas del Comité Directivo del Proyecto, desde la número 1 hasta la número 24, en las cuales se demuestran los hechos que los mismos partícipes revelaron como causa de atraso del proyecto, tanto desde el punto de vista de la ejecución del proyecto en sus aspectos técnicos como la carencia permanente del recurso humano y las actitudes de algunos funcionarios de Eficacia no correspondientes al rol de estos en los programas de trabajo.

En el acta no. 1 de 3 de marzo de 2006 se declara un retraso en la recepción de la máquina, por la demora de la firma del contrato entre las partes, y se manifiesta que las usuarias Sandra Serna, Anylbe, Miriam García, Jenny Manrique y Leydi Capacho se dedicaron más a las actividades normales de Eficacia. En esta acta se habla de la decisión que debe tomar Eficacia para salir en vivo en septiembre de 2006 o de enero de 2007 previo el análisis de impacto de tal hecho, en el cual Integrar participa entregando la información necesaria relacionada con los nuevos sistemas.

En el acta no. 2 de marzo 24 de 2006, se aprueba el plan del proyecto y el plan de calidad, faltando por entregar la metodología AIM para validar este plan. Se expresa que deben existir usuarios de primer nivel desde la salida en vivo del sistema Integrado. Eficacia afirma que existe una diferencia dramática Adam, evidenciándose un riesgo en el proyecto por este ítem. Falta claridad en el conocimiento del negocio y profundidad en el marco conceptual legal y operativo en los temas de nómina y talento humano por parte de los consultores de Integrar. Queda pendiente por definir la fecha de salida en vivo pero determinando como límite el 01 de octubre del año 2006, o el 1 de enero de 2007, determinando que si Eficacia toma la decisión de salir en enero de 2007 y el sistema se puede entregar antes del primero de octubre de 2006 se modifica la forma de pago como se indica en el acta.

En el acta no. 3 de 4 de abril de 2006, se presenta un informe del avance del proyecto, evidenciándose una desviación o atraso en el avance del proyecto, por factores no imputables a las partes en ese momento y se combinó realizar un control de cambio al cronograma, el que fue condicionado a la aceptación de los gerentes. Se sugiere que los integrantes nuevos de Adam tengan clara la metodología a seguir. Se reclamó a Eficacia porque su recurso humano se ha dedicado a otras tareas, y se buscará la solución oportuna.

En el acta no. 4 de abril 24 de 2006, se resalta que las actividades de integración planeadas para esa semana en el frente BI y Oracle no se realizaron para darle prioridad al simulador/cotizador. Se reclamó a Eficacia por el tiempo que Sandra Serna dedica al proyecto como insuficiente. Se informa que el módulo de facturación está perjudicando el resto de los frentes. Eficacia reclama atraso en el cronograma de Adam pues no se ha contado con el equipo suficiente. Se rechazó al señor Jaime Rodríguez como líder funcional argumentando que no tenía liderazgo.

En el acta no. 5 de 5 de mayo de 2006. Se anuncia próximo comité para 16 de mayo para comité de cambios y hacer la aprobación del cronograma modificado como también la aprobación al alcance por efecto de brechas que tengan lugar. Se resalta que están impactando el tiempo del cronograma los frentes de facturación y nómina y talento humano. Se evidencia que los tiempos de backup son críticos. Cada brecha deberá contar con un documento firmado por usuarios y gerentes. Esta pendiente el ajuste a plan de calidad de los entregables. Se insiste en alertas por actitud de Yazmín Santa y Rocío Maldonado y Anylbe por disponibilidad de tiempo.

Acta no. 6 de 2 de junio de 2006. Continúa pendiente del proceso de facturación y la firma de la estructura de Adam, evidenciándose que puede impactar el proyecto. El cronograma no se ha entregado oficialmente, impactando el buen desarrollo de las actividades de cada uno de los miembros del equipo. Lo mismo ocurre con el cronograma de Ecoconsultores por no tener la fecha de salida en vivo. El proyecto OA requiere mayor apoyo por parte de Adam. Eficacia solicita que Integrar garantice que Data Tecnología asuma con seriedad y responsabilidad los compromisos del proyecto. En el dimensionamiento del hardware de producción hay un error en el cronograma y no se ha validado la máquina para el licenciamiento.

Acta no. 7 del 16 de junio de 2006. Se evidenció que Adam no va a dar la solución completa en los módulos de talento humano. Price expresa alarma en el frente financiero, porque los usuarios no asisten a todas las reuniones. Se requiere precisar los módulos con mayor inconveniente. Se requiere que el líder funcional de Adam debe dedicarse al 100% en el proyecto. Eficacia expresa su preocupación sobre el frente Adam, que es la base del proyecto y es el más atrasado.

Acta no. 8 de 30 de junio de 2006. Se hizo reunión con Jaime Ayala para revisar los puntos que preocupan al Comité en el avance de Adam. Se propone plan de choque para este frente. Eficacia habla de salir en vivo el 1 de febrero y se revisará con que porcentaje del alcance se puede salir a esa fecha. Se deben levantar un control de cambios sobre el cronograma, pues la nueva empresa ya esta prácticamente operando(Ecuador).

Acta no. 9 de junio 7 de 2006. Se expresa que el proyecto esta siguiendo una metodología diferente a la que se usa normalmente para la implantación de Adam y que los consultores han aprendido sobre la marcha. El alcance no esta delimitado totalmente, Se requieren más desarrolladores para el proyecto Adam. Proponen la liberación de ERP,CRM y diligenciamiento de clientes para poder salir en vivo, el comité determina que la propuesta no es viable. Se revisará en septiembre.

Acta no. 10 de 19 de julio de 2006. Se expresó la necesidad del plan de capacitación a usuarios finales antes de la fecha de salida en vivo pues no se tiene el 100% del avance. Para el servidor de producción Eficacia registra que la respuesta a este requerimiento por parte de Integrar han sido muy largo y lleva más de tres semanas sin responder. Sigue impactando el avance del proyecto el frente Adam. Eficacia expresa preocupación por la no aceptación de la estadía del líder funcional, pues el consultor (César Morales) se ausentará del proyecto durante toda la semana. Eficacia se preocupa porque aumenta el número de brechas, lo que impacta los costos del proyecto. Integrar aclara que esta buscando alternativas de solución para el tema de Adam en caso de no llegar a un acuerdo satisfactorio. Anexo se encuentra un documento denominado Otros puntos de la Estrategia de comunicación, alusiva al intercambio de comunicaciones, dentro de la metodología de trabajo.

Acta no. 11 de 15 de agosto de 2006. Se resalta que en costos se tiene un atraso de tres semanas, atribuible a Eficacia por no entregar la información, revisándose el tema para ponerse al día. Integrar presenta el nuevo cronograma el que establece salir a producción el 1 de marzo sin pruebas de desempeño, se revisa que la salida es muy tarde y que corporativamente se establece es del 5 de febrero. El Comité Directivo plantea que la fecha más tardía de entrega de los desarrollos y funcional Adam será el 30 de diciembre, para que se tenga en cuenta el número de pruebas integrales a realizar y los ajustes de dichas pruebas, mientras se pueda salir a producción. Adam debe ejecutar actividades paralelas colocando más recursos en desarrollo. Debido al avance del cronograma de actividades no se tendrán todas las aplicaciones debidamente terminadas para efectuar cargas de prueba y no se tendrá suficiente tiempo para la compra y entrega de la máquina antes de la fecha de salida en vivo. Integrar sugiere salir en vivo primero en Colombia y un mes o dos después en Ecuador. Eficacia propone que sea en forma simultánea. Price expresó preocupación en la salida en vivo por la baja participación de Rocío Maldonado de Eficacia por ser la única líder en el área financiero, pero Eficacia informa que ellos están tranquilos dado que su líder Rocío Maldonado todo lo consulta y su participación como grupo se reflejará cuando se inicien las pruebas integrales. También Ana Celmira García de Eficacia debe dedicar mayor tiempo al proyecto. Esto lo acepta Niyima Mustafa.

Acta no. 12 de 25 de agosto de 2006. Se establece que el mayor desfase existe en la fase de definición del ambiente de producción(33%), pero se esta trabajando en la definición de la máquina de producción. En construcción se tiene un avance general del 29%. Se determinan los porcentajes de avance de los diferentes aplicativos por lo cual se evidencia que no marcha el proyecto a la velocidad que se esperaba. Se reclama por la interventoría más dedicación por los usuarios del proyecto.

Es importante que se presente el plan de migración de calidad de datos, lo que impacta la salida en vivo. Se evidenció actividades en el frente Adam con tiempos que no son reales. Se tienen pendiente por definir el plan de salida en vivo (incluyendo a Ecuador) y plan de capacitación.

Acta no. 13 de 15 de septiembre de 2006. Eficacia expresa que el tema de facturación tiene un consultor nuevo que no conoce muy bien la aplicación y los

usuarios tienen prevención pues apenas se va a iniciar esa actividad, habiendo pedido a Eficacia que llegara entrenado. Integrar pidió al comité aprobar un cambio al cronograma en reasignación de tareas y recursos en los temas de desarrollo del frente Adam, sin que afecte el tiempo general del proyecto. La interventoría pregunta sobre el liderazgo en las labores de integración.. Integrar acepta los atrasos pero pondrá más recursos para recuperar el tiempo. Se presenta en esta acta unas gráficas que muestran el avance del proyecto, resaltando actividades atrasadas en parametrización, algunas a cargo de Eficacia y otras de Integrar. Se reporta atrasos en el frente de BI y se requiere plan de contingencias para su solución. Se presenta atraso en las actividades de reporte de ERP en interfaces y en todo el frente de Adam. En el tema de interfaces la interventoría observa que el diseño está al 40% cuando debería haberse completado. Respecto a las brechas Integrar presentará cotización de ellas y se deberán aceptar mediante orden de compra el 18 de septiembre, firmándose otro si para que dichos desarrollos formen parte contractual y puedan entrar dentro de las garantías generales de la oferta.

Acta no. 14 de 5 octubre de 2006. Eficacia expresa que el modulo de facturación se desarrollo en su totalidad a la medida y por ello los derechos de propiedad patrimonial deben ser de ella. Se revisará el tema. Se establecen atrasos en la entrega de los MD50, en especial los requeridos con urgencia para los desarrollos. Eficacia dice que están muy adelantados y se reforzará a los usuarios para cumplir los compromisos. Eficacia requiere de Integrar la entrega de un cronograma ajustado con la dedicación de recursos para determinar si los actuales son suficientes. El impacto de los atrasos es alrededor de una semana. Eficacia expresa preocupación sobre el rendimiento de la aplicación en cliente-servidor, porque las pruebas iniciales no están dando los tiempos deseados. Se espera un cronograma ajustado.

Acta no. 15 de 26 de octubre de 2006. Se entregó el cronograma detallado de todas las actividades con todos los tiempos y recursos balanceados. Eficacia avaló la entrada de los recursos adicionales. Hay atraso en los MD50 e Integrar dice que los usuarios siguen adicionando requerimientos que afectan este módulo. Se indican los módulos atrasados. Se piensa que no hay claridad en el tema de Integración y esto ha traído nuevas funcionalidades. Se pide a Integrar para recuperar tiempo de cuatro días de atraso por desarrolladores del frente de Adam. La interventoría manifiesta que a la fecha no se ha integrado un líder de la

fecha de integración y que el señor John Sánchez está asumiendo esa función, pero como está atrasado en consultoría frente a su cargo, quedará sobrecargado no pudiendo cumplir sus labores más cuando hoy tiene tres actividades atrasadas a su cargo. Se hace un informe de avance de cronograma indicando en términos porcentuales los atrasos y mostrando de manera gráfica los tiempos de cumplimiento de los aplicativos del proyecto. Integrar pide que no sigan agregando requerimientos funcionales. Integrar manifiesta que tiene temor que en la fecha estimada para salir en vivo se pueda realmente salir, entre otras cosas porque existen atrasos que no se sabe si se puedan recuperar. Respecto del tema de costos ABC Integrar justificó los atrasos con propuesta de mayor tiempo, lo cual rechazó Eficacia. La interventoría manifiesta preocupación por el frente de BI. La gerencia del proyecto enviará la interventoría plan de salida en vivo el próximo 27 de octubre.

Acta no. 16 de 3 de noviembre de 2006. Se presenta un informe de los atrasos en forma de cuadro y se establece un plan de contingencias para poner al día las actividades atrasadas. El interventor denuncia que Mónica, Consultora de Integrar no ha retornado al proyecto, afectando la carga de trabajo de John. Se presenta un informe porcentual del avance del proyecto y se grafica en barras, demostrándose un 11 % de atraso. Integrar expresa que no recibirá más MD que no cumplan los requisitos. La máquina ha sido objeto de seguimiento operativo con resultados positivos. La máquina se retrasó en su pedido porque se logró una mejor configuración y se espera que llegue en noviembre. Si se demora la entrega generará un fuerte impacto en el cronograma del proyecto.

Acta no. 17 de 17 de noviembre de 2006. En el frente de parametrización existe un gran atraso en Ecuador. En parametrización de costos se está impactando el cronograma porque era para entregar el 30 de noviembre y a la fecha no se ha iniciado. Los usuarios encargados Sandra Serna y Miriam García. La gerencia general tomará las decisiones conducentes para evitar el impacto. En el tema de migración se presenta una alerta porque el trabajo en levantamiento y estructuración de la información del cliente es complejo y largo. Eficacia colocará más recursos para mitigar el riesgo. El tema de construcción de talento humano se debe revisar con Data. Respecto al tema de integración Adam no ha colocado el recurso que se había comprometido. En el frente de trabajo de diseño de nómina Eficacia manifiesta tener un plan de choque. Respecto al diseño de facturación se establece un atraso de 11 días, pero se determina que en realidad

son algo más de veintitrés días. En tiempo el cronograma tiene un avance del 43% cuando debería estar en un 64%. En relación con la máquina, IBM informa que ya no se entregará en noviembre sino en diciembre.

Acta no. 18 de 24 de noviembre de 2006. Se establece atraso por frente en número de días. Se hace el cronograma para la parametrización del Ecuador. Para la entrega de concepto de Ecuador, Eficacia dispondrá de un recurso adicional. Respecto al tema de integración el líder será Alfredo Ayala quien vendrá la próxima semana para trabajar en el tema. El frente de trabajo de diseño de nómina está atrasado y Eficacia propone un plan de choque, sin embargo, Adam pensó que ellos pueden cumplir aun con los atrasos, pero se debe establecer el impacto económico en tiempos adicionales. De manera gráfica se presenta el desarrollo de actividades, siendo visible el desfase. La máquina IBM aún no se entrega a la fecha. No se ha recibido por parte de Integrar los ajustes al plan de salida en vivo. Se establece la fecha de entrega para la primera semana de diciembre. Eficacia informa a través de la gerencia del proyecto su deseo de cotizar con la firma subcontratista Global Solution algunos servicios fuera del alcance del contrato.

Acta no. 19 de 4 de diciembre de 2006. Integrar efectúa una exposición del estado actual del proyecto y lo establecido para poder terminar todos los frentes. Eficacia ofrece que temas como son los maestros y reportes en el modulo de gerenciamiento al cliente pueden ser asumidos en su desarrollo por ella, porque tiene una herramienta apropiada y puede ahorrar tiempo. En el tema de parametrización Adam plantea la necesidad de más recursos para terminar a finales del mes de febrero y compartir los costos. Integrar informa que no existen avances en Oracle respecto a BI. No se ha recibido por parte de Integrar los ajustes al plan de salida en vivo. Integrar informa la salida de la compañía del gerente del proyecto Edwin Alvarez como el Director del mismo Vladimir Ortiz, el impacto de estas salidas y su reemplazo muy rápido. Integra propone la salida en vivo para el mes de mayo, pero las partes pactan que sea en abril. Se determina que Alfonso Rivera participará en la parte de desarrollo del proyecto.

Acta no. 20 de 12 enero de 2007. Se realiza una revisión del avance del proyecto y se plantea que el cronograma tiene un desfase del 15% en general. La mayor preocupación se centra en la preocupación y desarrollo que son la base de la salida en vivo. En la parametrización de Adam hay un desfase del 12% respecto a

la línea base. El mayor impacto se aprecia en el componente de parametrización de costos en un 56% de atraso, esto debido al incumplimiento a las actividades asignadas a Sandra Serna. Se deja constancia de cuales son los principales aspectos que han determinado el atraso en el proceso de parametrización de Adam. Se deja constancia que la documentación de Ecuador se encuentra entregada en un 100% y que lo que falta por entregar de Eficacia son los documentos de seguridad social, parafiscales y provisiones. Se dejan algunas constancias sobre el impacto que en gerenciamiento a clientes tiene la tarea denominada para la migración, la cual según lo calculado debería estar en un 77 % y apenas tiene un 7% ejecutado, lo que es vital para la salida en vivo.

Otro aspecto de alto impacto es el cálculo de tarifas el cual debe estar en un 77% y va en un 34%, por la demora en la entrega de los MDS de rentabilidad y cálculo de tarifas a los desarrolladores de CSG, Eficacia en este aspecto manifiesta que los MDS se fueron entregando parcialmente. En el caso de los desarrollos de Adam existe un alto riesgo dado que en los tiempos de desarrollo no se ha contemplado un modelo de pruebas que garantice una entrega satisfactoria. En el tema de depuración de datos se refleja un atraso en los frentes de facturación dado que esta pendiente la actualización de datos necesarios en los clientes. Se indica igualmente que las actividades de documentación soporte para capacitación y salida en línea deben ser ajustadas de acuerdo a las entregas y al nuevo cronograma. También se manifiesta que la máquina ya se encuentra debidamente instalada. Se pone en evidencia algunos de los riesgos del proyecto y de las acciones propuestas, dentro de las cuales esta la necesidad de establecer un líder funcional de data tecnología hasta la salida en vivo para garantizar el cumplimiento en la entrega de parametrización, desarrollo e integración; solicitar a los proveedores el detalle de planes de entregas y pruebas de los desarrollos, tanto independientemente como integralmente. Y solicitar a Global Solution y a Data planes de acciones y de contingencias para los tiempos que reflejan atrasos.

Acta no. 21 de 22 de enero de 2007. En ella Integrar efectúa una exposición del estado actual del proyecto y establece que hay un desfase del 9% en general. La mayor preocupación se centra en construcción y desarrollo que son la base de la salida en vivo. El punto crítico está en el avance, en los desarrollos y particularmente en los de Data Tecnología, cuya diferencia entre lo actual y lo proyectado es de 16 puntos porcentuales. En el punto dos de esta acta

denominado varios en 14 puntos se dejan consignadas las distintas dificultades que presenta el proyecto y en la parte final las acciones realizadas.

Acta no. 22 de 1 de febrero de 2007. Se efectúa una perspectiva general del proyecto donde se dice que la salida en vivo será para el 2 de abril y se plantean los temas críticos que se deben tener en cuenta previos a esa salida en vivo. Un punto importante que toca Integrar es que Eficacia no ha congelado la recepción y/o modificaciones de los MD050 a lo cual se responde que cualquier cambio debe tener un control de los mismos; también es cierto que a la fecha de la reunión no hay MDS que no estén cerrados. Se deja constancia de una serie de actividades y/o MDS pendientes, tales como el tema de autoliquidación, el detalle del concepto de validación con GC, el concepto de nómina, la depuración e improvisación de reportes, el infocenter, el MD de actualización de salarios, las modificaciones al estándar que esta en manos de Data, el control y entrega de carnet Eps y Caja y la reversión de nómina. Se establece que en el cronograma hay actividades de desarrollo que aún no tienen desarrolladores definidos. Integrar debe definir con urgencia este tema. Se deja también constancia de algunos aspectos en que es necesario tratar de forma conjunta el desarrollador y el beneficiario del proyecto. Se indican las actividades a cargo de Eficacia para las pruebas integrales y finalmente respecto al avance del proyecto bajo el título de Cronograma de implementación general, que refleja un atraso del 10% a lo planteado y donde el mayor atraso es el generado por los frentes de construcción y desarrollo. Se presenta en gráficas de barras lo planeado, lo ejecutado y el porcentaje alcanzado en cada una de las distintas actividades. Conclusión importante es que los atrasos evidenciados se ocasionan principalmente por los componentes de Adam y Data Tecnología en relación con la no entrega de las estructuras definitivas para la migración gerenciamiento al cliente y para lo cual se proponen algunas acciones de mitigación. Existen finalmente unos compromisos de Data Tecnología para colocar dos desarrolladores adicionales de acuerdo al plan de entrega y quienes estaban programados en el cronograma.

Acta no. 23 de 13 de febrero de 2007. En esta acta se expresa la gran preocupación por no lograr la salida en vivo el día 2 de abril como estaba previsto. Integrar manifiesta que el atraso por parte de los compromisos de Data es grande y se necesitaría al menos una persona adicional para parametrización de nómina, un desarrollador de nómina y un desarrollador para facturación. Integrar presentó copia de los contratos firmados con los subcontratistas Global Solution y Data, allí

se observa que la oferta mercantil con Datatec tiene fecha de vencimiento agosto de 2006, y carece de las pólizas de respaldo y el contrato de Global que sí tiene las pólizas ya se encuentra vencido. La interventoría deja manifiesta su preocupación sobre el avance del diseño de pruebas integrales. Data tiene pendiente de entregar tres estructuras para la migración de datos teniendo en cuenta los cambios y ajustes que se tuvo sobre el estándar. Se deja también constancia de un listado de los pendientes anteriores. Las partes acuerdan que no se aceptaran modificaciones adicionales a lo establecido en los documentos MDS y/o que no haya sido establecido y/o acordado previamente en el alcance funcional, ni controles de cambio que afecten el tiempo y el plan de la salida den vivo, salvo que los cambios favorezcan al proyecto. Se indican que el atraso en el avance del proyecto con corte al 9 de febrero tiene un atraso del 15%. Se deja constancia sobre las tareas de seguimiento a las acciones de mitigación y finalmente en varios se indica que Integrar revisará directamente con Oracle las políticas actuales y las que existían en el momento de la negociación y el tema de descuentos para efectos de los licenciamientos de Oracle. El plan de contingencia debe ser entregado por parte de Integrar a la interventoría para la revisión final. Esta pendiente la solución de algunos temas de la salida de Ecuador. Integrar manifiesta que el archivo que envió Eficacia esta desactualizado porque hay cosas que ya están cerradas y otras donde el estándar no lo cubre por la localización. Las gerencias del proyecto se reunirán con el consultor para ver el costo de esta localización y poder tomar una decisión al respecto. Se consigna que Eficacia asignó un recurso para dirigir el plan de pruebas y para la validación de los Scripts de pruebas; y además Eficacia tiene un nuevo recurso para ayudar a la revisión de los Scripts de pruebas de nómina (20%).

Acta no. 24 del 20 de febrero de 2007. Integrar manifiesta que ya asignó la persona para que haga el aseguramiento de calidad en las instalaciones de Data que permita el control del trabajo diario del desarrollo. Para la salida en vivo del 2 de abril se plantea la posibilidad de poder salir en Ecuador después (dos o tres meses más tarde) y concentrar todos los recursos de parametrización en Colombia, siempre y cuando el compromiso de parametrizar Ecuador se lleve a cabo sin costo adicional. La interventoría manifiesta su preocupación sobre el avance del diseño de pruebas integrales; la gerencia de proyecto de Eficacia informa que aun no se tiene claro el escenario de pruebas y el de migración de datos. Data aún tiene pendiente de entregar tres estructuras para la migración de datos teniendo en cuenta los cambios y ajustes que se tuvo sobre le estándar. Se

deja también constancia sobre la revisión de los pendientes de nómina y aportes en un cuadro a dos columnas sobre el tema y la explicación correspondiente. Se vuelve a mencionar la importancia de tener un plan de entregas sobre los desarrollos de Adam para tener listo los guiones de prueba por parte de los usuarios.

Finalmente se presenta un gráfico de barras donde lo planeado vs. lo ejecutado tiene un atraso del 18%, lo cual significa que tuvo un aumento del 3% dado que en reuniones anteriores se había señalado que el atraso estaba en el orden del 15%. En el punto de varios, entre otras cosas se señala que Integrar dio claridad sobre los descuentos establecidos por Oracle a Eficacia como cliente; que sigue pendiente la solución de la salida de Ecuador; se insiste en que el plan de incontingencia debe ser entregado por Integrar a la interventoría para su revisión final y se insiste en que el otro si entre el desarrollador y su beneficiario debe quedar listo y legalizado en la semana siguiente al 20 de febrero de 2007.

Para mayor sustento, el Tribunal a manera de resumen relata los hechos ocurridos en las actas del Comité celebradas a partir del 6 de marzo de 2007, y que reflejan la situación similar a las anteriores, pero demuestran que al final no se entregó el sistema integrado ofrecido a Eficacia por Assenda.

Avance del proyecto a 6 de marzo de 2007 (Acta 25)

CRONOGRAMA: Se establece que el avance del proyecto es del 72% con un atraso del 19%.

El avance de los siguientes frentes es el siguiente: Talento Humano 75%, debe terminar en 25 días. Desarrollos de Facturación 56%, 39 días para terminar. Desarrollos de Nomina 48%, 26 días para terminar. Parametrización de nomina 83%, 23 días para terminar. Gerenciamiento al cliente 95%, 5 días para terminar. También se observa que hay varios puntos importantes por definir: Efectuar el plan de pruebas. Diseñar los guiones de prueba. Determinar un cronograma de pruebas. Depuración y complementación de datos. Definición de procesos funcionales. Criterios de aceptación.

La interventoría manifiesta que al día de hoy se estaba a la espera de un nuevo cronograma dado que definitivamente no se lograra la fecha de salida en vivo. Integrar manifiesta que el cronograma debe ser acordado de común acuerdo sobre todo en la definición de aquellas actividades donde se deben involucrar recursos conjuntos de ambas partes (Integrar y Eficacia) pero se deja claro que se debe tener como punto de partida un cronograma elaborado por Integrar.

MD DE NOMINA: Faltan dos MD de nomina pendientes de cierre porque es necesario negociarlo con el líder del frente Adam. Esto se debe hacer con urgencia.

GERENCIAMIENTO AL CLIENTE – POBLAMIENTO DE DATOS. La interventoría manifiesta preocupación sobre el poblamiento de datos que se tendría que dar en el modulo de GC dado que este modulo es fundamental para la operación y porque además no se puede migrar nada desde otro sistema de información.

Avance del proyecto a 12 de marzo de 2007 (Acta 26).

ADAM – NUEVA ARQUITECTURA: Se efectúa una conferencia con el líder del frente Adam acerca de los tiempos que se requieren para analizar y cambiar los nuevos esquemas de instalación de Adam dada la nueva arquitectura de funcionamiento porque se manifiesta que ese tiempo representaría atrasos en el cronograma. El Comité solicita que se efectúe un análisis y según su resultado se efectúe una nueva reunión del comité para aprobar el control de cambio o no.

MAQUINA DE DESARROLLO. Se toca el tema del bajo rendimiento de la maquina de desarrollo y en este punto Integrar sugiere balancear mejor la maquina. Eficacia considera que la maquina esta balanceada y que el problema es que la maquina esta llegando a su máxima capacidad y que hay momentos en que empieza a bloquear las transacciones.

PRUEBAS: Eficacia informa que desde la semana pasada se esta trabajando en el plan de pruebas con la asesoría de la interventoría y que se puede decir que los guiones de prueba están muy avanzados y que se esta preparando todo para efectuar pruebas el 2 de abril.

ECUADOR: Integrar informa que los reportes legales de Ecuador ya se realizaron y en el transcurso de esta semana se entregaran.

MAQUINA DE PRODUCCION: Eficacia llama la atención sobre la instalación de esta maquina porque esta muy demorada.

POBLAMIENTO DE DATOS: Eficacia informa sobre el poblamiento de datos que se tendría que dar en el modulo de GC que tiene un avance del 60% pero que aun se tienen problemas con la información de clientes del frente financiero porque no se tiene toda la información.

Avance del proyecto a 20 de marzo de 2007 (Acta 27).

CRONOGRAMA: Se efectúa una revisión del cronograma tentativo que entrego Integrar.

MAQUINA DE PRODUCCION: Eficacia evidencia problemas en la configuración de la maquina de producción porque en el proceso de instalación se ha determinado la necesidad de software adicional que nunca fue contemplado por Integrar y eso representa costos adicionales.

MAQUINA DE DESARROLLO: Se propone tomar en arriendo una maquina para soportar los desarrollos de Adam y después se prueba utilizar en los desarrollos. El arriendo seria por cuenta de Integrar hasta por un plazo de dos meses.

ECUADOR: Integrar informa que en este momento las actividades de parametrización de Ecuador están suspendidas para poder dar prioridad a las actividades de Colombia.

Avance del proyecto a 27 de marzo de 2007 (Acta 28)

MAQUINA DE DESARROLLO: Cuando la nueva maquina este disponible se debe coordinar la instalación del software Adam. Eficacia recomienda que una persona de Adam efectúe la instalación con un técnico de Eficacia para aprender a realizar este proceso.

Por la no disponibilidad de esta maquina se han perdido 5 días.

ECUADOR: Integrar informa que las parametrizaciones de Ecuador se reanudaron y han estado avanzando a buen ritmo. En el Comité surge la inquietud sobre como se probara Ecuador dado que existen conceptos distintos a Colombia.

PRUEBAS INTEGRALES: El Comité establece que con el avance actual de desarrollos y parametrizaciones, las pruebas integrales no se podrán realizar en la fecha planeada, a menos que los consultores de Adam y GC entreguen sus compromisos antes del 30 de marzo.

CRONOGRAMA: El avance general es 78% contra 82% presupuestado. Parametrización de Colombia 92% contra 95%. Construcción Talento Humano 83% contra 93%. Construcción de Nomina 73% contra 86%. Facturación 78% contra 91%.

Avance del proyecto a 9 de abril de 2007 (Acta 29)

MAQUINA DE DESARROLLO: Se reasigno la memoria y esto previno nuevos problemas de caídas de servicio.

La semana pasada se efectuó la instalación de la maquina adicional y quedo funcionando Adam.

CRONOGRAMA: Eficacia manifiesta que en la entrega de los desarrollos de Adam se han tenido problemas por la calidad de los productos exceptuando los productos que entrega Diana Ríos. Además, no cumplen con las especificaciones establecidas en los MD.

Una vez revisado el cronograma se destaca lo siguiente:

- Parametrización de Colombia esta muy avanzado pero ya se debería haber terminado. Lo mas atrasado es la actividad de la construcción de ajustes de autoliquidación que tiene un avance del 25%. Con este tema se determina que el frente esta al 92%.
- Es necesario revisar con cuidado el tema de la parametrización de costos porque la actividad esta en cabeza de la usuaria Sandra Serna.

Se establece que para el 13 de abril Adam se compromete a terminar el 100% de los desarrollos, exceptuando el que corresponde a cambios en la OT que afectan Talento Humano, Nomina y Facturación porque alegan que esto no corresponde al alcance inicial.

MIGRACION DE DATOS: En este tema y se entrego por Integrar la estructura faltante pero este atraso impacto en el cronograma de Eficacia.

Avance del proyecto a 17 de abril de 2007 (Acta 30).

PARAMETRIZACION NOMINA: Colombia va en el 80% y debe ir en el 99%. Se tiene solo un recurso atendiendo este frente y esto impacta el cumplimiento de las actividades.

PARAMETRIZACION DE COSTOS: Eficacia no se ha hecho seguimiento de este frente.

PARAMETRIZACION DE ADMINISTRACION DE SUELDOS: Eficacia debe revisar como se realizara este proceso, este proceso esta en GC, debe validarse que este completamente parametrizado.

TALENTO HUMANO: El desarrollo del kit de contratación no se ha iniciado y tomara 11 días, este desarrollo es la ruta critica del frente. Los desarrollos que faltan por cerrar son: Senalde, kit de Contratación, Construcción de Activación del Trabajador, Generación de Carnets, Afiliación a Seguridad Social, y Control Documental en Contratación.

NOMINA: En este frente los ajustes del programa de operaciones tomara 15 días.

FACTURACION: Este frente ha avanzado. Se espera que la próxima semana este frente termine sus pruebas, ya que las nominas se cerraron.

PRUEBAS INTEGRALES; Eficacia aun no ha entregado los guiones de pruebas.

Avance del proyecto a 24 de abril de 2007 (Acta 31).

LICENCIAS; Integrar informa que Eficacia tiene razón en el tema de licenciamiento de Tivoli. Esto significa que se entregaran las licencias acordadas contractualmente. Respecto a la licencia de C++ ningún proveedor confirma si se debe o no comprar esas licencias. Integrar solicitara la orden de compra de las licencias pero solicita a Eficacia una ayuda económica para su adquisición.

ECUADOR- SALIDA EN VIVO: Por programación y facilidad para la salida en vivo el Comité establece que se debe aplazar la salida en vivo de Ecuador pero que se debe llegar a un acuerdo entre ambas; partes sobre el costo de salir mas tarde.

CRONOGRAMA: En este momento se esta trabajando con un cronograma tentativo que tiene como premisa la salida en vivo el 8 de junio.

PRUEBAS INTEGRALES: Eficacia enviarán el día de hoy los últimos guiones de prueba.

Avance del proyecto a 30 de abril de 2007 (Acta 32)

CONTROL DE CAMBIO: Se acuerda que en caso de que exista un control de cambio no se cobrara a Eficacia el costo del tiempo que haya durado la discusión y el entendimiento del control de cambio.

FACTURACION: Se informa que todos los desarrollos están entregados y ahora están en pruebas. Pero quedan pendientes de entrega Ejecución presupuestal y Anexos de facturación.

GERENCIAMIENTO AL CLIENTE: El programa de Gc esta funcionando y se han podido hacer pruebas. Eficacia informa que hay dos OT trabajadas con éxito.

PARAMETRIZACION Y NOMINA: Están en pruebas los conceptos de ajustes de autoliquidación los cuales finalizaran en mayo 11. El 4 de mayo se espera que finalice la; parametrización de políticas versus GC.

Avance del proyecto a 8 de mayo de 2007 (Acta 33)

PRUEBAS: Las pruebas unitarias han salido bien, a pesar de algunos problemas con el servidor de Windows.

En el proceso de pruebas unitarias surgió un problema con el tema de las tarifas. Esto se debió por un control de cambios que se aprobó en enero y que genero el problema hoy en la tabla de "Day Track" y solucionarlo toma dos días y al parecer es inevitable hacerlo, lo cual pararía las pruebas.

TALENTO HUMANO: Siguen abiertos los desarrollos de Activación de Trabajador, se espera cerrar esta semana. El tema de Senalde tiene unos ajustes que es necesario hacer y esto prácticamente determino que se estructurara casi todo de nuevo. El desarrollo de kit de contratación se inicia el 14 de mayo y no terminara antes del 29 de mayo pero se le pueden hacer pruebas individuales.

NOMINA – PARAMETRIZACION: Construcción de legales, vacaciones, etc. tiene un ajuste porque hay personas que aun están régimen anterior de ley 50. Incapacidades en fiscal esta parado hasta que termine el desarrollo de incapacidades.

NOMINA – DESARROLLOS: Cambio de estado de incapacidades tiene un problema porque el MD firmado es diferente al MD que fue envía vía digital. Notificación de Incapacidades hay un ajuste pendiente y hay un tema de un consecutivo de incapacidades que esta pendiente de ser validado por Eficacia. Control de Embarazadas tiene pendiente un reporte de exportación a Excel; el desarrollo esta bien pero será necesario ajustar el tema del reporte. Diseño de volantes falta un ajuste. Reliquidaciones esta en proceso de ajuste. Embargos no se ha empezado. Hay tres temas críticos en cabeza de Juan Carlos Leguizamón: modificación al STD de liquidación, calculo de intereses de mora y control de pendientes de liquidación.

FRENTE DE FACTURACION: Están pendientes de entrega los desarrollos de Ejecución Presupuestal y Anexos de Facturación.

PRUEBAS INTEGRALES: Eficacia reporta que entrego a interventoría el 75% de los guiones de prueba para su validación y que el día de hoy los entregara a Integrar para su revisión mas unos adicionales que completaría cerca del 90%.

Avance del proyecto a 15 de mayo de 2007 (Acta 34)

GC-TARIFAS Y RENTABILIDAD: El tema de tarifas ya fue probado y ajustado. Aun se están terminando los ajustes de rentabilidad porque no ha alcanzado el tiempo. Es necesario efectuar el desarrollo del control de cambios aprobado con sus correspondientes pruebas. Eficacia se compromete a correr por su cuenta con los costos de estos tiempos adicionales de más pruebas siempre y cuando estén asociados al control de cambio.

TALENTO HUMANO: Ayer se entrego el Control Documental y el tema esta cerrado. Este frente es el que menos pendientes tiene.

INFOCENTER: Se ha tratado instalarlo pero no se ha quedado funcionando. El problema es que no funciona con la versión de Adam. El Comité cree que no se debe continuar con salida en vivo, podría ser fácilmente de cuatro meses.

ACTIVACION DE TRABAJADOR. Se entrego pero no se tiene reporte de la usuaria Leydy Capacho.

ENTREGA DESARROLLOS ADAM: En todo el frente Adam a la fecha solo se han entregado 4 desarrollos al 100%, 22 están en proceso de pruebas y ajustes y 13 no se sabe el estado actual.

ECUADOR –SALIDA EN VIVO: Eficacia manifiesta que como no se tiene nada listo para salir en Ecuador, por este hecho se tendrá que salir después. Es necesario determinar cuando se podría salir en Ecuador y los costos asociados a esta demora. Integrar informa que en OEBS se esta parametrizando Colombia y Ecuador y se esta haciendo Estrategias y Mercados de Ecuador (el control de

cambio fue valorado en US\$4800), que serán cruzado contra los US\$6000 del costo del arriendo de la maquina a cargo de Integrar.

SOLICITUDES DE CAMBIO PUC: Integrar informa que existen solicitudes de cambio de las cuentas del PUC.

Avance del proyecto a 29 de mayo de 2007 (Acta 35)

PRUEBAS INTEGRALES: Integrar informa que han definido y se comprometen a que las pruebas integrales se inicien el 16 de junio y se asume que se tendrán tres semanas para efectuar pruebas integrales.

GC POBLAMIENTO DE DATOS: Eficacia requiere al menos 15 días en el poblamiento de datos. Integrar debe formalizar los requerimientos de GC para poder iniciar el poblamiento de datos. Eficacia hace claridad en que los usuarios para poder efectuar el poblamiento de la aplicación están disponibles desde hace mucho tiempo pero que la aplicación de GC no ha sido entregada.

CAPACITACION: Eficacia manifiesta que los atrasos en las entregas de desarrollos y parametrizaciones ha generado atrasos en los procesos de capacitación y aun existen muchos usuarios que no han sido capacitados.

MAQUINA INFOCENTER: Se tiene pendiente la definición de la maquina para correr Infocenter.

LICENCIA C++: Integrar propone que esta licencia se pague entre las dos partes. Eficacia le dará respuesta en el próximo comité.

GC: La parametrización de CRM esta totalmente terminada.

TALENTO HUMANO: Se solicito un control de cambio pero Eficacia no ha entregado el requerimiento.

FACTURACION: Se plantearon dos controles de cambios de los cuales Eficacia no ha entregado el diseño de factura manual validada contra GC, y otro tema que se requiere para migración de datos.

Avance del proyecto a 4 de junio de 2007 (Acta 36)

CRONOGRAMA: Se establecen fechas de terminación de diferentes frentes para el mes de junio y transición para julio, con salida en vivo para el 6 de agosto.

NOMINA –DESARROLLOS: Existen 39 desarrollos de los cuales hay 16 en proceso y pendientes de inicio 12. Dos usuarios de Eficacia están trabajando en Bogota con los desarrolladores para acelerar este tema. Algunos de los mas críticos son:

- Existen problemas con el Programa de Operaciones por problemas en los tipos de nomina corporativos.

- Novedades planilla en blanco. Se tiene un tema pendiente de los encabezados al cual Eficacia se había comprometido a entregar el diseño, y el tiempo de desarrollo es de tres semanas.
- Cambios en la OT que afectan el programa de operaciones. Hoy se deben entregar comentarios de Angela (Eficacia) para poder iniciar el desarrollo.

Integrar informa que de los 12 desarrollos que reporta Eficacia solo existen 6 que no se han iniciado.

Avance del proyecto a 26 de junio de 2007 (Acta 39).

LICENCIAS; Eficacia adquirirá la licencia de desarrollo de Crystal Report.

CRONOGRAMA: El proyecto esta al 84% y debería estar en el 88%. No se evidencia un avance con respecto a la semana anterior.

Avance del proyecto a 3 de julio de 2007 (Acta 40)

LICENCIAS: Se realizó una reunión con Oracle en la que se entendió el aspecto de licenciamiento, hay que hacer un licenciamiento en desarrollo y posteriormente en producción, la idea es apalancar el licenciamiento de producción con el de desarrollo.

Se están evaluando las cotizaciones para el desarrollo, las cuales se encuentran entre US\$26 mil y US\$36mil.

DESARROLLOS NOMINA: Integrar manifiesta que tiene un problema porque no se tiene suficiente gente por parte de Eficacia para pruebas. Este comentario se da porque el fin de semana no hubo usuarios atendiendo los requerimientos con los consultores.

ENCABEZADOS DE NOMINA INTERCATIVA: Integrar manifiesta su preocupación sobre este tema dado que luego de una reunión interna salió que se demoran 569 horas/hombre aproximadamente para poder terminar.

ECUADOR: El tema de Ecuador no ha sido dimensionado.

Avance del proyecto a 10 de julio de 2007 (Acta 41)

LICENCIAS: Eficacia manifiesta que aun no tiene las licencias de C++.

CRONOGRAMA: El proyecto esta al 85% y debería estar al 95%. Las gerencias de proyecto manifiestan que han realizado un nuevo análisis del avance de proyecto y se tienen tres ajustes Construcción generación de calendarios y el manejo de los conceptos de nomina corporativa y encabezados de nomina interactiva. Estos temas pueden impactar en 30 días la actual fecha de salida en vivo.

TALENTO HUMANO: Kit de contratación ya se termino.

NOMINA – PARAMETRIZACION: Están en pruebas los conceptos de ajustes de autoliquidación. El tema esta quiero porque hay una discrepancia en el cierre de conceptos.

El tema de Messenger esta pendiente de ser solucionado.

DESARROLLOS NOMINA: Integrar propone efectuar de manera secuencial el desarrollo de los ajustes de Generación de calendarios y de Nomina Corporativa con una duración de 48 horas y con 36 horas de pruebas. Integrar propone que Eficacia asuma a partir del 13 de julio al menos con el 50% del tiempo de la consultoría de Diana Ríos dadas las demoras en las pruebas de varios de los desarrollos que se han entregado. Eficacia propone que se revisen los puntos donde se tienen atrasos calificados y tal vez se pueda llegar a algún acuerdo de asunción de costos.

ENCABEZADOS: Respecto a este tema apenas la semana pasada se definió el alcance de lo que se requiere y este tema impacta el cronograma porque el cálculo de desarrollo es de 192 horas.

PROGRAMA DE OPERACIONES: Integrar manifiesta que el programa de operaciones esta en pruebas como esta desarrollado actualmente, y evaluar en forma paralela el impacto de los temas de generación de calendarios (se calculan 60 horas de programación) y nominas corporativas (Se calculan 24 horas de programación). Eficacia esta de acuerdo.

FRENTE DE FACTURACION: Integrar informa que avanza muy lento el tema por parte de Eficacia; Eficacia informa que los usuarios han tenido algunas contingencias personales.

Avance del proyecto a 16 de julio de 2007 (Acta 42)

CRONOGRAMA-SALIDA EN VIVO: El cronograma con base en los ajustes de las actividades realizadas en las dos pasadas semanas, la fecha de salida en vivo es para el día 9 de octubre.

AVANCE DEL PROYECTO. Con la fecha del 9 de octubre, se tiene un avance de proyecto del 88%.

RECONOCIMIENTO DE EFICACIA: Eficacia reconoce que a pesar de que Integrar ha efectuado todo su esfuerzo en la dinámica de la salida se han configurado nuevas cosas que no estaban contempladas y que han impactado el cronograma. Esto principalmente motivado por los ajustes resultante como consecuencia de las pruebas.

NOMINA-PROGRAMA DE OPERACIONES: Se van a desarrollar Generación de Calendarios y Nominas Corporativas con un estimado de 120 horas. Eficacia reconocerá 40 horas de consultoría e Integrar 80 horas.

Avance del proyecto a 12 de diciembre de 2007 (Acta 56)

SOLUCION DE INCIDENCIAS-ADAM: De Adam se encuentran 16 incidencias reportadas abiertas, de las cuales 5 están en espera de soporte, 10 por validación de parte de Eficacia y hay uno en México (es de la longitud del campo).

Integrar manifiesta que ha existido una muy buena evolución al tema de incidencias funcionales porque los tiempos de respuesta han sido oportunos en prontitud y calidad. Sin embargo, Integrar clarifica que una gran mayoría de las incidencias las abren en horas de la noche.

INCIDENCIAS OEBS: En el tema de incidencias de OEBS se establece que existe un consultor On Demand que atiende directamente las incidencias que se reportan. Al momento se tienen tres incidencias reportadas pero una de ellas que ha sido reincidente ya fue arreglada varias veces y el problema radica en que hay diferencias entre la versión del ambiente de pruebas y el de producción.

INCIDENCIAS AUTOLIQUIDACION: Integrar informa que el tema autoliquidación esta complicado porque durante la semana se presento un problema grave en el proceso masivo de calculo y después de revisado el tema se determino que fue un problema de datos (Fechas erróneas).

INCIDENCIAS DE INCAPACIDADES: Integrar informa que se entregó el script la semana pasada al cual Eficacia le dio respuesta. Algunas de las incidencias están siendo solucionadas pero también hay un grupo de incidencias con las cuales no se ha podido llegar a un acuerdo si se trata de controles de cambio.

En lo que respecta a NI, Integrar le solicita a Eficacia que revisen en un foro en compañía de la interventoría e incluso de la directora de operaciones para establecer la situación de los inconvenientes de incapacidades. Eficacia propone que sea en la primera semana de enero. Para esto Eficacia debe remitir los documentos que permitan determinar la solicitud expresa del requerimiento para que la consultoría lo evalúe y se pueda realizar una reunión con datos y hechos.

SOLUCION DE INCIDENCIAS NO FUNCIONALES: Se hizo uso de las 40 horas del experto Oracle para revisar los temas de desempeño.

Integrar soluciono todas las incidencias de desempeño del informe 6.

El informe 7 es de los problemas de la interfase Adam-Oracle. Integrar esta trabajando en esto.

El informe 8 es un tema de anulación de facturas. Se esta demorando el sistema cerca de 13 minutos en una anulación.

El informe 9 es un tema de cargue de novedades. Integrar esta trabajando en el tema.

DATOS: Integrar manifiesta que su asesoría en el tema (OEBS) no lo compromete a que tenga responsabilidad en los resultados dado que el tema de migración y calidad recae totalmente en Eficacia y la asesoría si bien busca hacer las cosas de la mejor manera, pueden existir múltiples variables que pueden cambiar.

CONTROLES DEE CAMBIO: Integrar manifiesta que existen tres controles de cambio que en estos momentos no pueden ser atendidos por consultoría por la no disponibilidad de recursos.

SALIDA EN VIVO: El Comité decide que la fecha de salida en vivo de enero 2 de 2008 en este momento no es viable y se posterga para el 4 de febrero.

Avance del proyecto a 3 de enero de 2008 (Acta 57)

SOLUCION DE INCIDENCIAS FUNCIONALES: Integrar informa que revisando con Eficacia se establece que ADAM NOMINA hay 5 incidencias abiertas en manos de Eficacia y 5 abierta en manos de Integrar.

PLAN DE TRABAJO- DATA: Se solicitara a Data Tecnología un plan de trabajo detallado para precisar lo faltante tanto para el desarrollo de Autoliquidaciones como de Incapacidades con lo cual se podrá determinar compromisos tanto de Eficacia como de Data y poder determinar la fecha hasta la cual se mantiene el acuerdo de compartir costos.

Eficacia manifiesta que si bien se ha tenido en el pasado algún problema de datos también es cierto que un gran porcentaje de problemas han sido funcionales.

INCIDENCIAS DE FACTURACION: Se establece que se tienen 10 incidencias en manos de Integrar y una en manos de Eficacia.

INCIDENCIAS EN TH: En Talento Humano hay 7 incidencias en manos de Data.

DESARROLLOS-AUTOLIQUIDACION: Integrar informa que se hizo una prueba de carga con 70 nominas dando como resultado que 29 no fueron calculadas, 3 se quedaron procesando, 36 fueron calculadas, una tuvo error de dato y otra nomina paro por un problema de base de datos.

DESARROLLOS-MEDIOS MAGNETICOS: Se hizo una prueba de acuerdo al script. Con el consultor se corrigió la forma en la semana del 21 de diciembre pero aun esta pendiente que se genere con los datos correctos.

DESARROLLOS-INCAPACIDADES: Este módulo se probó totalmente y salieron aproximadamente 70 incidencias de las cuales se han solucionado cerca de unas

30 pero todavía hay 35 incidencias pendientes de las cuales hay 15 de ellas que deben ser discutidas en reunión técnica porque Integrar manifiesta que son controles de cambio mientras Eficacia lo niega.

Se recuerda que la logística es de Eficacia y la consultoría es de Integrar.

Avance de proyecto a 10 de enero de 2008 (Acta 58)

PLAN DE TRABAJO: La interventoría manifiesta que solo hay un recurso de parametrización en sitio pero que no está disponible el recurso de desarrollo para atender incidencias. Se están presentando tres distintos tipos de problemas que deberían ser atendidos en dos frentes:

Frente1: Problemas con la programación de nómina. Problemas cuando se genera el cálculo porque no siempre procesa todas las que acepto en programación.

Frente2 Problema del cálculo mismo porque no lo hace bien para una gran cantidad de nóminas.

Integrar pide que para poder atender estos temas un mayor detalle en los problemas porque ya se ha reportado en el pasado que muchos de los inconvenientes reportados fueron de datos.

INCAPACIDADES –INCIDENCIAS: La interventoría manifiesta que existían una serie de incidencias que estaban en manos de Integrar de las cuales no se tenía razón a la fecha. El reporte preliminar es que existían a la fecha 75 pendientes y 4 controles de cambio. Vale la pena indicar que muchas de estas incidencias eran pequeñas.

Integrar manifiesta que en el informe entregado a diciembre 21 se especificaba que tan solo quedaban 28 incidencias por resolver. Al día de hoy no se tiene un informe actualizado pero se cree que esto ha avanzado mucho y que posiblemente se tenga todo solucionado.

FACTURACION-INCIDENCIAS: Actualmente se tienen 5 incidencias de las cuales 3 están en manos de Eficacia para pruebas.

Integrar manifiesta que el tema de facturación se probó desde mediados del año pasado y que por oportunidad debería haberse reportado incidencias o arreglos desde hace varios meses y no estar probando apenas hasta ahora.

Eficacia informa que se solicitara un control de cambio para agrupación de conceptos de envíos a la contabilidad.

TALENTO HUMANO-INCIDENCIAS: Hoy existen 3 incidencias abiertas, todas en manos de Data.

SOLUCION E INCIDENCIAS NO FUNCIONALES: Respecto a los temas de desempeño o problemas no funcionales, tan solo queda pendiente efectuar las

pruebas de desempeño sobre autoliquidaciones una vez se entregue completamente el desarrollo y se hayan solucionado los problemas funcionales antes referenciados.

Avance del proyecto a 17 de enero de 2008 (Acta 59)

TALENTO HUMANO-INCIDENCIAS: Hay 6 incidencias abiertas en el portal que requieren ser resueltas.

NOMINA-INCIDENCIAS: Hay 12 incidencias que están siendo atendidas por consultoría en Cali.

FACTURACION –INCIDENCIAS: Hay 9 incidencias que están siendo atendidas por el consultor.

AUTOLIQUIDACION-INCIDENCIAS: Integrar que la consultora Diana Ríos estará durante la semana entrante atendiendo las incidencias del Script que salgan de las pruebas de esta se mana más los problemas que están reportados con el programa de operaciones. Esa consultora será pagada al 50% por cada parte durante la próxima semana.

ADAM CAMBIOS: A nivel de ADAM, Eficacia informa que también efectuara cambios en la migración para mejorar los procesos.

Avance del proyecto a 24 de enero de 2008 (Acta 60)

CARGUE DE NOVEDADES: Aquí se tiene un problema no funcional porque con 5600 empleados el cargue se esta demorando 35 minutos y por obvias razones no se podría correr todos los empleados. En este momento Eficacia deberá hacer nuevas pruebas en el ambiente de producción para verificar si en ese ambiente se puede mejorar el rendimiento.

LIQUIDACION DE NOMINA: Aquí se tiene un problema porque en el cierre el pendiente de facturación se esta demorando casi 11 horas. Este problema se esta reportando a Adam. Eficacia sugiere que se estudie la posibilidad de tener un monitor multi-hilos para que atienda los requerimientos del pendiente de facturación.

FACTURACION: Hay un problema de desempeño porque se demora mucho por la agrupación de conceptos en la interfaz contable. Sin embargo, ya Eficacia efectuó las primeras pruebas a unos arreglos hechos por consultoría y se disminuyó considerablemente el número de conceptos que se están enviando a contabilidad.

ERP: Existen 15 incidentes que están reportados desde noviembre y diciembre pero no han sido resueltas.

Avance del proyecto a 31 de enero de 2008 (Acta 61)

En esta Acta se hace un análisis del estado actual del proyecto, determinando los puntos de control antes de la migración, en la migración y en la salida en vivo para tratar de establecer los puntos más críticos y generar los controles y seguimientos correspondientes.

Avance del proyecto a 7 de febrero de 2008 (Acta 62)

ANALISIS DE LA SITUACION ACTUAL DEL PROYECTO: En esta Acta se ha un análisis de la situación actual con relación a incidencias actuales en ERP, Nomina, Facturación, Talento Humano y GC, indicando cuantas se han reportado, cuantas se han solucionado y las que están en pruebas en Eficacia y en manos de Integrar.

DEFINICIONES DE CONCEPTOS: Integrar aclara que dado lo ocurrido el día de ayer sobre las nuevas definiciones de conceptos genera cargas nuevas de trabajo en consultoría que no deberían ser atendidas en estos momentos porque es importante estabilizar la aplicación actual.

ANALISIS ACTUAL: Se hace un análisis de la situación del proyecto con relación a los puntos donde ha existido criticidad en la salida en operación.

Avance del proyecto a 28 de febrero de 2008 (Acta 64)

IMPLANTACION ECUADOR: Assenda establece preliminarmente los tiempos que se gastaran en parametrización de Ecuador, en pruebas unitarias, en ajustes a la parametrización, para un total de 80 días. Queda pendiente establecer un plan para la implantación del resto de aplicaciones y módulos.

AUTOLIQUIDACION: Eficacia manifiesta su preocupación porque no se le ha entregado el producto contractualmente establecido independiente de los controles de cambio. Assenda manifiesta que el producto que quiere entregar no lo ha podido hacer porque no han tenido recursos de consultoría por un lado ni de usuarios para pruebas por el otro.

PARAMETRIZACION: Se establece por las dos partes que es necesario reconfigurar parametrización por los cambios de conceptos de ley pero el tiempo para ajustar todos los conceptos puede tomar mucho más tiempo que dos semanas.

PRUEBAS> Se aclara que las pruebas hechas por Eficacia ha sido solo unitarias y no se han probado de manera integrada.

OPTIMIZACION DE APLICACIONES: Eficacia manifiesta que es muy importante continuar con el proceso de optimización de todas las aplicaciones porque hay algunas que están generando tiempos de respuesta demasiado largos que paran

otros procesos igualmente importantes. Assenda propone que se tenga una lista de todos los programas que se deben optimizar.

Avance del proyecto a 13 de marzo de 2008 (Acta 65)

RECUESTO DE EFICACIA SOBRE EL AVANCE DEL PROYECTO: En esta Acta Eficacia hace un recuento sobre el avance del proyecto en los dos últimos meses, o sea en los tres cierres que han ocurrido desde la nueva fecha de salida en vivo.

PLAN DE OPTIMIZACION: Se estructura una lista de los puntos críticos para establecer un plan de optimización, que son los siguientes:

Cargue de Novedades. Facturación. Talento Humano. Programa de Operaciones. Autoliquidación.

Avance del proyecto a 22 de mayo de 2008 (Acta 66)

PENDIENTES DEL PROYECTO: Assenda plantea de manera general la forma como abordara los pendientes del proyecto, que se relacionan con Nomina, Talento Humano, Autoliquidación, Facturación, Programa de Operación, en los que se determina el tiempo que le dedicara el respectivo consultor.

Avance del proyecto a 13 de junio de 2008 (Acta 6) Se hace una revisión de las actividades desarrolladas de acuerdo con el plan propuesto por Assenda en la reunión anterior.

Avance del proyecto a 14 de julio de 2008 (Acta 68)

Esta acta no aparece firmada y tiene enmendaduras, y anexo a ella visibles a folios 259 a 283 hay una serie de informes que relatan actividades pendientes indicando en cada una el responsable y el estado de solución de cada actividad.

Avance del proyecto a 18 de septiembre de 2008 (Acta 69)

Se presenta el nuevo director Mauricio Saldarriaga. Assenda informa que existían 49 puntos abiertos de los cuales quedan pendientes 13, en TALENTO HUMANO queda pendiente por solucionar el incidente que corresponde al cambio del tamaño del campo de duración del contrato. La solución puede tomar bastante tiempo porque Adam ya lo hizo y hay que evaluar el impacto en todas las demás aplicaciones. Solicita que Eficacia cubra el costo o se llegue a algún acuerdo de los consultores para ese campo; Eficacia no está de acuerdo. En el FRENTE DE NOMINA se tenían 15 compromisos de los cuales hay dos en manos de Assenda. En AUTOLIQUIDACIÓN hay tres pendientes en manos de Assenda. En el incidente 25, Assenda comenta que el problema no es el monitor sino el programa que lo alimenta. Se pedirá apoyo a México. En el programa de operaciones se establecen dos incidentes en manos de Assenda. En facturación hay incidente en el desempeño. En financiero reporta cuatro desarrollos en manos de Assenda.

Del tema de Ecuador Assenda prefiere terminar primero en Colombia y luego revisa el tema de Ecuador. Eficacia comenta que se ve gestión pero el tiempo y el cumplimiento no se han dado de acuerdo a los planes de trabajo. No hay documentación técnica de desarrollos.

Avance del proyecto a 11 de noviembre de 2008 (Acta 70)

Quedan pendientes pruebas masivas de autoliquidación. El programa de operaciones quedó entregado. Facturación quedó entregado y cerrado. En nómina queda una incidencia pendiente por no disponibilidad del consultor no se ha podido terminar. En talento humano queda pendiente la incidencia del ancho de campo. En Oracle se tienen seis pendientes. En MEDIOS MAGNÉTICOS Assenda presenta un plan general de trabajo y queda el compromiso de que a final de semana tendrá consultor especializado para el plan detallado. En autoliquidación Eficacia manifiesta que los compromisos adquiridos no se han terminado por ausencia de consultor. El plan de costos no se ha seguido por Assenda porque no hay consultor. Trabajo de BID y Discovered lo está trabajando con consultores de Carvajal. Eficacia requiere que se trabaje en el plan para implantar Ecuador.

Avance del proyecto a 24 de noviembre de 2008 (Acta 71)

Interventoría establece que no se pudo llegar al comité con un cronograma avalado por las partes. En TALENTO HUMANO Eficacia acepta la propuesta de entrega para el 2 de diciembre. Assenda sigue dependiendo de Adam México por la incertidumbre de que se logró esa solución. Eficacia requiere una posición más clara. En el caso de nómina, estaba establecido ambiente de prueba para 21 de noviembre y no se ha cumplido. Eficacia exige cumplimiento. En autoliquidación no hay respuesta sobre el cierre de nómina sin lo cual Eficacia no estaría de acuerdo para entrar en operación. Assenda dice que eso es un control de cambio con un costo de \$9'600.000. Eficacia dice que tiene recursos sobreasignados. Se informa que Eficacia ha recibido los programas fuentes sin corroborar que correspondan a las versiones que están en producción y esa entrega debe ser certificada. En el tema de licenciamiento CC++, Assenda entregará las licencias correspondientes para dos procesadores y Eficacia pide que antes de efectuar el licenciamiento se revise la plataforma actual para evitar errores. Eficacia insiste en pedir las pólizas de seguro renovadas vencidas desde el mes de abril.

Avance del proyecto a 19 de diciembre de 2008 (Acta 72)

MEDIOS MAGNETICOS: Assenda manifiesta no tener respuesta del oficio emitido sobre este tema y Eficacia dice que el tema está en revisión con los abogados.

TALENTO HUMANO: Assenda revisó con Data cómo corregir las inconsistencias localmente sin depender de Adam pero no encontró ninguna alternativa para ello, por tanto se depende de México. En AUTOLIQUIDACIÓN, ambas partes dan por asentado el plan de trabajo. En costos ABC Assenda explica que el juego de licencias es único. Eficacia solicita carta de aclaración. En DBI Financiero se reportó el problema a Oracle sin cierre hasta la fecha se propone una para el 16 de diciembre de 2008 (sic). Discoverer ya está en producción. Entrega de fuentes ya fueron entregadas oficialmente. Data debe firmar un documento que garantice su adecuado manejo. Licencia C++. Eficacia envió los documentos para agilizar la tarea del licenciamiento. Y solicita cerrar el tema antes de que finalice el año. Se hace referencia al acta 68 por parte de Assenda para aclaración de los comentarios registrados en ella a fin de revisarla por los gerentes y poderla firmar. Frente a Ecuador Assenda continua revisando ajustes, se presentarán al próximo comité el 22 de diciembre.

Avance del proyecto al 22 de diciembre de 2008 (Acta 73)

MEDIOS MAGNÉTICOS: la situación continúa igual. TALENTO HUMANO: Assenda continúa pendiente de la respuesta de Adam México. NOMINA: Eficacia no ha recibido ningún script para pasar a producción la solución aprobada. Assenda informa que el señor Jaime Rodríguez será reemplazado por Víctor Benjumea para actividades de consultoría funcional. Costos ABC: las partes revisarán los requisitos para cumplir con la instalación del software entre hoy y mañana. Se aprueba el plan de trabajo propuesto. Eficacia continúa esperando la carta de aprobación al licenciamiento. DBI Financiero, Assenda pide acceso remoto a la aplicación y Eficacia le dice que le dará acceso a más tardar mañana. Ecuador, Assenda aún no entrega plan de trabajo, evalúa disponibilidad de consultor. Licencia C++. Assenda se compromete a entregar los documentos de licenciamiento y certificación emitida por IBM en enero de 2008. Gerenciamiento al cliente: la solución ya fue entregada y Eficacia contrató servicio de soporte. Aclarando que la solución recibida fue la de Colombia y que los ajustes solo son a los procesos, por lo cual Assenda revisará el tema correspondiente al plan de trabajo de Ecuador. Las pólizas de garantía se entregarán el 24 de diciembre de 2008.

Avance del proyecto a 24 de diciembre de 2008 (Acta 74)

MEDIOS MAGNETICOS: Assenda solicita respuesta a la carta la cual está en gerencia de Eficacia pendiente de respuesta. TALENTO HUMANO: Assenda menciona que continúa pendiente de la respuesta de México. NOMINA: Eficacia no ha recibido ningún script para pasar a producción la solución aprobada.

AUTOLIQUIDACIÓN: se tenía programado arrancar en febrero 13 pero por disponibilidad de consultores solo se pudo iniciar en febrero 19, se espera cumplir en fecha programada. Costos ABC, Assenda manifiesta que este módulo presenta un atraso ocasionado por la instalación del aplicativo, que tiene actividades técnicas que se realizan antes y no contempladas dentro del proyecto. DBI Financiero, Assenda con el acceso remoto a la aplicación está realizando la configuración básica terminando el día de mañana y esperando que la inconsistencia del TAR ya no se presente. Discoverer, los gerentes de ambas partes expresan que el tema ya quedó cerrado. Plan de trabajo Ecuador, Assenda manifiesta que ya tiene un borrador cercano a la realidad pero faltan algunas actividades de talento humano y sugiere involucrar a Eunice. Licencias C++, Assenda hizo las consultas para satisfacer esta solicitud. Eficacia mantiene su solicitud de comunicación escrita para asegurar la conclusión a la cual se llegue. Póliza de garantía, Assenda envió un borrador de ampliación de la oferta mercantil hasta diciembre 30 de 2009 y se encuentra en espera de la respuesta. Eficacia manifiesta que está en revisión por parte de la gerencia para ver las implicaciones y dar la respuesta respectiva. Assenda manifiesta que la aseguradora no emite ninguna ampliación de garantía sin este documento.

Por constituir elementos probatorios presentados como anexos a su demanda por la convocante, el Tribunal revisó al igual que las actas del comité directivo las del comité técnico, que constan como las anteriores en el cuaderno 1.1. y particularmente estas últimas desde el folio 306 al 420 en las cuales los delegados por las partes en este comité, de forma similar al directivo, hacen un seguimiento al proyecto y en particular al cronograma y la forma como se desarrollan las tareas y se avanza en cada una de las soluciones, dentro del sistema integrado para Eficacia, puede concluir el Tribunal después de la revisión de dichas actas que como elemento probatorio son reflejo de lo que transcurre en el comité directivo, y cómo en este, de manera secuencial van mirando las dinámicas de las tareas e intercambian ideas sobre la forma de lograr el cumplimiento de lo que a cada uno corresponde, detallando de alguna manera compromisos y fallas en estos y soluciones en el camino, sin deducirse ni hacerse imputaciones de responsabilidad, y en algunos casos, adentrándose en tecnicismos propios del sistema. Para el Tribunal estas actas, en el contexto probatorio que se le ha dado al comité directivo no aportan elementos de juicio adicionales que superen el referido comité.

Igualmente debe resaltar el Tribunal el trabajo de la interventoría, quien también levantó una serie de actas con el rótulo “acta de reunión de seguimiento de interventoría” que obran a folios 79 a 118 del cuaderno 1.2., en la cual la entidad responsable de este trabajo Price Waterhouse Coopers, hace una reseña del discurrir del proyecto, las actividades en sus alcances positivos, negativos y falencias, señalando quienes de las partes afectaban el proceso y las posibles consecuencias de impacto en el mismo, de los cuales, el Tribunal con los juicios realizados en el presente pronunciamiento encuentra los incumplimientos endilgados a Assenda por la convocante, obviamente con la técnica de apreciar esta prueba en conjunto con las otras que han sido recaudadas en el trámite procesal de manera oportuna.

De igual forma la interventoría produjo los denominados “Informe Interventoría” visibles del folio 002 al 078 del cuaderno 1.2., en los cuales la interventoría del proyecto Price Waterhouse Coopers, bajo el acuerdo de que su labor es la de efectuar la interventoría y aseguramiento técnico de la calidad de los productos del contrato entre Eficacia e Assenda, reseña de manera ordenada los trabajos de las partes en cada uno de sus frentes, haciéndole un seguimiento plausible en la labor a él encomendada e inclusive dejando claro los incumplimientos en las actividades de las partes con el debido señalamiento, resaltando los pendientes, las inconsistencias y demás hechos aledaños al sistema integrado en su desarrollo de implementación, por ejemplo a folio 21 acta No. 23 se lee “está pendiente el plan de salida en vivo que debe ser entregado por Integrar a la interventoría para su revisión, y que es primordial para asegurar una operación normal al inicio”. A folio 41 se lee “en desarrollo los atrasos significativos están en los frentes de gerenciamiento al cliente y Adam” y expresa las razones. En el mismo folio expresa “está pendiente de entregar por parte de Eficacia documentos de (seguridad social, parafiscales y provisiones) la fecha máxima de entrega era el día 10-01-2007 la documentación de Ecuador se encuentra entregada al ciento por ciento”. Así mismo va relatando el avance del proyecto en términos porcentuales a lo largo del tiempo del proyecto.

Se revisó igualmente la documentación que se encontró en Azurian, en la inspección judicial que a esta empresa se hizo en Bogotá, como parte del material probatorio, encontrando que esta firma como asesora que fue de Eficacia en una parte del proyecto, emite una serie de recomendaciones sobre la manera de usar los aplicativos que había recibido la convocante, hechos que el abogado de la

convocante comenta en su alegato de conclusión, pero no encuentra prueba en los referidos documentos que controviertan aquellas que demuestran el incumplimiento de la convocada en la entrega del sistema integrado de información, por lo cual, esta prueba se valora en el sentido de no producir efecto que desvirtúe la conducta incumplida que se ha demostrado en contra de la convocada en este proceso.

Debe anotar el Tribunal que los elementos probatorios analizados no fueron impugnados ni rechazados por ninguna de las partes, lo cual les da la validez probatoria para que sean valoradas en su justa expresión y como ya dijimos en el contexto probatorio general se tengan para servir de medio probatorio en orden a la deducción de la responsabilidad que es el fin del proceso. Estas pruebas, también se han confrontado con la testimonial, pues ésta, con las advertencias ya hechas por la polarización de los testigos, de alguna manera están reflejando hechos concomitantes con los que reposan en las actas de los comités referidos y también estos últimos sirvieron de fuente de investigación al perito técnico para su dictamen.

De especial importancia para la prueba del incumplimiento de Assenda y del cual se ocupa el Tribunal en este momento, resultó la prueba pericial técnica, con la cual se demuestra que ni siquiera al momento de romperse la relación comercial entre las partes, se había cumplido el objeto de la oferta mercantil como se ha manifestado en este laudo y lo demuestran las pruebas allegadas a él.

En efecto, al formularse al perito la pregunta (e) para que contestara si para esta fecha existen a cargo de Assenda tareas por ejecutar y productos por entregar, el perito contestó: “la fecha que ha considerado el perito para responder esta pregunta es el 22 de enero de 2009, la cual corresponde a la última acta (074) del comité directivo encontrada. El perito ha establecido que para esa fecha si existen tareas por ejecutar y productos por entregar. El perito aclara que en este contexto los productos por entregar se refieren a los entregables o resultados comprometidos como parte del sistema integrado y que están relacionados con las tareas por ejecutar”.

En la misma pregunta (e), el perito en su dictamen refiere con base en información recabada y corroborada con información suministrada en entrevistas realizadas que a 22 de enero de 2009 están pendientes las actividades que

relaciona en unos cuadros visibles a folio 021, 022 y 023 del cuaderno 11, describiendo el módulo el reporte de lo no entregado y las manifestaciones de Eficacia y Assenda, frente a las responsabilidades de Eficacia.

En la misma dirección de los conceptos anteriores, el perito en su dictamen es congruente y repetitivo en las afirmaciones que profiere al contestar las preguntas pertinentes que le formulara el apoderado de la convocante y el de la misma convocada, indicando que conceptuó que las salidas en vivo no tuvieron el éxito que se esperaba y que resultara apropiada a las necesidades de la convocante. También informa que se encontró varios casos en los cuales el producto previsto en la oferta no respondió a los requerimientos técnicos y funcionales. Oracle CRM-Oracle-Quoting no era adaptable para el ambiente de Eficacia, y por ello se hizo un desarrollo a la medida. El módulo de facturación, no cumplió con la totalidad de los requerimientos de Eficacia y fue necesario construir uno a la medida. De otra parte señaló que de los productos finalmente entregados por Assenda, independientemente de si eran productos comerciales listos para usar o si fueron productos desarrollados a la medida para Eficacia, algunos de ellos no respondieron a los requerimientos técnicos y funcionales que permitieran la operación en vivo, esta última afirmación en razón al alto número de inconsistencias de severidad y grave (93%) y adicionalmente para un número importante de esas inconsistencias (77 de 271) la solución tardó más de cinco días, presentándose la mayoría de las inconsistencias en el módulo Adam.

En cuanto al dimensionamiento de los equipos que Assenda dictaminó, después de diferenciar lo que era aquellos previstos para ambiente de desarrollo y pruebas y los de producción, manifestando que en el caso referente al ambiente de desarrollo y pruebas, este fue desbordado por los requerimientos reales del proyecto, resultando inadecuado para el propósito que se especificó. Por su parte el correspondiente a ambiente de producción presentó limitaciones de desempeño, sin establecer en qué grado, debido a la ausencia de métricas para ello, teniendo en cuenta que si se comparan las características del servidor de desarrollo con las de servidores de producción específicamente por Assenda, se observan que son muy similares y que la única diferencia esta en la velocidad del procesador que es aproximadamente 40% mayor en los servidores de producción, lo cual permite proyectar en los servidores de producción un rendimiento mayor al de desarrollo y pruebas, pero no suficiente para atender apropiadamente toda la carga de operación.

El perito a folios 34,35,36 y 37 del cuaderno 11, en un cuadro de columnas, presenta la referencias de problemas de desempeño en plataforma de desarrollo, para culminar diciendo que se identifican múltiples dificultades de rendimiento los cuales obligaron a la adquisición de una nueva máquina para los desarrollos de Adam y condujeron a tomar la decisión de no realizar las pruebas de rendimiento para establecer la configuración y dimensión definitiva del ambiente de producción, pruebas previstas en la oferta mercantil.

Para el ambiente de producción, que fue definido en octubre de 2006, según acta de comité directivo no. 15 de 23 de octubre de 2006, desde la salida en vivo del sistema integrado realizada el 2 de octubre de 2007, se registraron casos de bajo desempeño, particularmente críticos en el frente de Adam, expresando las causas de tal hecho. A folios 39,40,41,42 y 43, del cuaderno 11, como en el caso anterior, presenta el perito el cuadro de referencias a problemas de desempeño en plataforma de producción, para culminar afirmando que del análisis de los registros anteriores se observa que se presentaron múltiples casos de bajo desempeño, aún después de la instalación del nuevo servidor reportado en diciembre 13 de 2007.

Igualmente en su dictamen la pregunta concreta sobre si de las dificultades a que se refieren las preguntas a él y lo contestado se generaron retrasos en los procesos de implantación, prueba y puesta en marcha del sistema integrado, manifestó que pudo en su investigación determinar que sí generaron atrasos en los procesos referidos, pudiendo resaltar: “ copiar folios 56 y 47

Relacionado con el tema anterior y la incidencia de las dificultades generadas por los factores antes referidos con efectos en el desarrollo posterior del sistema, el perito conceptuó, que las dificultades por él referidas a cada pregunta contestada, generaron nuevas dificultades por efecto de la secuencia en que muchas actividades se deben realizar, pues al final todo es resultado de una cadena o secuencia en la cual cualquier atraso repercute en el desarrollo de las actividades subsiguientes. En cuanto a la calidad de productos integrados, algunos fueron afectados por el no seguimiento de la metodología establecida, contribuyendo en gran medida al alto grado de inconsistencias que a su vez afectó los tiempos de otras actividades subsiguientes, como demuestra la figura 6 de su dictamen visible a folio 028 del cuaderno 11.

Con marcada relación al tema que nos ocupa del incumplimiento de la convocada por no haber cumplido con la entrega del sistema integrado, el Tribunal encuentra de particular importancia lo expuesto por él en la pregunta (o) en la cual al preguntársele que si el sistema integrado, con los componentes que hasta la fecha ha entregado Assenda a satisfacción de eficacia, realmente permite la operación integrada de todas las actividades de la empresa del grupo contestó “el sistema integrado con los componentes que hasta la fecha (24 de septiembre de 2009) ha entregado Assenda a satisfacción de eficacia satisface parcialmente la operación de las actividades de las empresas del grupo. En visita realizada por el perito a las instalaciones de Eficacia el 24 de septiembre, estableció que el sistema integrado funciona parcialmente. El perito observó el funcionamiento de CRM, gerenciamiento de clientes, varios módulos de Adam, facturación, órdenes de compra y contabilidad. En la mencionada visita el perito estableció que nunca se definieron requerimientos no funcionales para solución, tales como tiempos de respuesta o criterios de optimización de consulta.

La respuesta se fundamenta también en la formulación de la tabla 6-tareas pendientes de Assenda para Colombia y la tabla 7-tareas pendientes de Assenda para Ecuador (folio 021, cuaderno 11). En estas tablas se muestran los componentes de ajustes que están pendientes, y si bien se observa algunas discrepancias entre lo que reporta eficacia y lo que reporta Assenda para efectos de esta pregunta, es claro que el sistema aún no permite la operación integrada de todas las actividades de las empresas del grupo, puesto que algunos módulos no están operando y las empresas de Ecuador aún no están integradas. Igualmente existe una lista de inconsistencia pendientes de solución que afectan varios módulos de la solución, lo cual ocasiona que los módulos no operen o que operen de forma degradada al punto de no ser utilizables para la operación de

Eficacia. La última versión de la lista de inconsistencias obtenida por el perito a través de Assenda corresponde al 20 de agosto de 2008. Esta lista se incluye como parte de los anexos en medio electrónico.

En relación con las salidas en vivo, y que están definidas como un momento fundamental en todo proyecto tecnológico que se emprenda, ya que en ella se efectúa un proceso de transferencia de un producto desarrollado por unas personas en beneficio de otras y para lo cual según lo indica el mismo perito, los grupos implicados, de entrega y recibo, deben tener un plan acordado que evite la subjetividad. En este caso las salidas en vivo estuvieron previstas para el 02 de octubre de 2007 y para el 4 de febrero de 2008. La primera de ellas fue cancelada por Eficacia tal y como consta en una comunicación del 23 de octubre de 2007, donde se indica que: "...tomó la decisión unilateral de retomar todos los procesos de la operación con los sistemas anteriores (GP-SIF-GALECA-CGUNO), hasta diciembre de 2007, mientras se sigue trabajando en paralelo con el nuevo sistema para probar y corregir las inconsistencias que se presenten". Esta salida en vivo no fue exitosa por cuanto el sistema integrado no operaba de manera que su utilización resultara adecuada a las necesidades que tenía Eficacia. Es también importante señalar como la firma de interventoría insistió en la necesidad de elaboración de unas pruebas preliminares de desempeño y estrés previas a la salida en operación, esto, paso previo para conocer la situación del proyecto. Dichas pruebas fueron canceladas por Eficacia por la situación del proyecto contando con la complacencia de Assenda, quien desde un primer momento se opuso a la elaboración de esas pruebas. (folio 024 del informe pericial técnico, cuaderno 11). El sistema integrado después del 02 de octubre de 2007 continuo presentando problemas en tres áreas fundamentales: funcionales, no funcionales y problemas de datos.

En relación con la segunda salida en vivo prevista para el 2008, el perito manifiesta y así lo pudo establecer el Tribunal, que en el acta del comité directivo 065 del 13 de mayo de 2008 se indica lo siguiente: “En la primera semana se logró cumplir con la meta de trabajo y por ello se suspendió el paralelo con la conciencia de que esta semana era más fácil y que seguramente la segunda tendría menos complicaciones”. Sobre este particular el perito conceptúa que existe una responsabilidad compartida hasta asegurar que la transferencia se ha completado.

Argumenta la convocante que ASSENDA no mantuvo vigentes todas las garantías a las cuales estaba obligada contractualmente. El Tribunal al revisar los documentos que obran en el expediente y los relatos contenidos en las actas del comité directivo, éstas últimas reflejan claramente que EFICACIA las requirió, especialmente la de cumplimiento, no lográndose comprobar la existencia de la misma y por el contrario los mismos funcionarios de ASSENDA manifestaron que no se expidió la última, porque faltaba firmar un otrosí prorrogando un plazo que no se firmó nunca entre las partes. Por lo tanto, esta obligación contractual no se cumplió en los términos pactados, y no puede serle imputada culpa a ASSENDA pues las partes no firmaron el otrosí.

ANALISIS RESPONSABILIDADES EFICACIA

En aparte anterior de este laudo el Tribunal hizo un análisis de las obligaciones que para las partes generó la relación comercial entre ellas a partir de la oferta de ASSENDA a EFICACIA con fecha 1 de febrero de 2006 y todos los anexos de la misma que constituyeron los antecedentes de dicha relación y que a juicio del Tribunal constituyeron el conocimiento y las bases de lo que sería el quehacer de las partes en la ejecución de dicha relación, lo que en términos jurídicos implica las obligaciones de las mismas, especificadas o individualizadas en Assenda en cumplir con la totalidad de lo ofrecido y de Eficacia de ejecutar aquellas actividades que complementaban o servían de medio para que Assenda pudiera cumplir.

Es claro para el Tribunal que le correspondía hacer a Eficacia en espera de que se le cumpliera lo ofrecido por Assenda y por ello no es del caso relacionar de nuevo ni especificar esas actividades que ya quedaron expuestas en el presente laudo. Corresponde al Tribunal ahora así como lo hizo antes con Assenda,

determinar si los incumplimientos que le atribuye la convocada se dieron en realidad y si así ocurrió si tuvieron además la fuerza necesaria y la relevancia para que por la gravedad de tales incumplimientos colocaran a Assenda en la imposibilidad de cumplir, en una operación tan compleja como esta misma la calificó las labores necesarias para entregar y poner en marcha el sistema integral.

En la contestación de su demanda, en la demanda de reconvención y en sus escritos de excepciones, la convocada, no se dedica ni prueba que cumplió las obligaciones a su cargo, pero de manera insistente en todos los referidos escritos, traslada la culpa que generó a su vez su incumplimiento a la conducta de la convocante, la que según él, al no cumplir con las obligaciones a su cargo generó todas las dificultades que se presentaron en la ejecución del contrato y que al final de más de casi tres años de ejecución dieron como resultado negativo que la propia convocante no tuviera en funcionamiento y a su disposición el sistema integrado de información objeto de la oferta mercantil materia de esta litis.

Como hechos imputables a Eficacia, la convocada presentó los siguientes hechos en el literal i) de las pretensiones de la contrademanda: falta de dedicación de su propio personal; falta de comunicación del usuario al programador, suministro de información no confiable, suministro de información inoportuna, falta de migración de datos, constantes cambios al programa ya diseñado, falta de capacitación de los usuarios, falta de pago de ciertas cuentas de cobro. Es de anotar que en su defensa, y por corresponderle la carga de la prueba de los hechos en que fundamenta la conducta de la convocante, las imputaciones a esta última no fueron debidamente acreditadas en su exacta dimensión e influencia negativa para el cumplimiento de las obligaciones de Assenda, y para el Tribunal constituyen una serie de manifestaciones conceptuales que al confrontarlas con las pruebas del proceso que fundamentalmente lo constituyen las actas del comité directivo, los testimonios de los diferentes testigos que presentaron las partes y el dictamen pericial, con ninguna de ellas llegó el Tribunal al convencimiento de que las conductas atribuidas a EFICACIA pudieran ser la consecuencia del fracaso del proyecto. Universalmente es muy difícil pensar que quien hace un esfuerzo en costos y en trabajo tan importante como el demostrado en la litis para disponer de una herramienta tecnológica de las calidades ofrecidas por Assenda, termine oponiéndose con una conducta negativa al mismo beneficio, autodañándose por

las consecuencias de que su conducta omisiva lo hiciera acreedor al oponerse al beneficio del sistema integrado.

No puede el Tribunal desconocer como lo relatan las actas del comité directivo, los mismos testimonios recepcionados en el trámite arbitral, que se presentaron a lo largo de la ejecución de la oferta, algunas conductas de EFICACIA que no correspondían a las actividades que debía cumplir en la ejecución de la oferta, como se dijo en los comités directivos, que algunos de sus funcionarios en algunas ocasiones, pues no hay prueba de conducta permanente en tal sentido, atendían actividades propias del rol apartándose de los quehaceres del proyecto, o que pedían cambios o mejor controles de cambios con el propósito de ajustar sus requerimientos, situación que no era ajena ni lo es a este tipo de contratos y además que para ello estaba facultada en los términos de la oferta, el documento de negociación, la oferta inicial y demás documentos relacionados con lo mismo. No está por demás anotar, que el responsable del proyecto no era Eficacia, era el beneficiario, y Assenda como responsable tenía el control y podía ejercer la autoridad como tal de no aceptar ciertos requerimientos, como lo hizo en algunas de las actas o limitarlos, hecho también que sucedió y consta en las mismas, pero como bien lo dice el perito técnico, al no seguir la metodología convenida perdió el control de la ruta crítica del proceso y cayó en los incumplimientos que al romperse la relación, pretende imputar a Eficacia, y que no lo hizo con la contundencia necesaria en las actas del comité directivo, las cuales vale anotar se convirtieron en un dialogo operativo de las partes en el proyecto imputándose de manera formal actitudes no convenientes, pero que a renglón seguido como consta en las actas de los mismos comités operativos amigablemente componían los términos y plazos para la ejecución de las actividades correspondientes, pues solo ellos sabían como caminar en ese proceso de ejecutar el contrato.

Muy importante en la calificación del material probatorio recaudado es el dictamen del perito técnico ingeniero GONZALO VELA MEDINA, quien en su aclaración al dictamen pericial técnico de enero 21 de 2010, después de analizar en la denominada tabla 6 “Referencias documentales acerca de disponibilidad de recursos de Assenda afectados por causas atribuibles a Eficacia”, expresa: “De las referencias relacionadas en la tabla anterior, se puede observar: 1.- Solamente en algunas se menciona el hecho pero no se especifica ni cuantifica el impacto. 2.- Solamente en 7 de las 25 referencias (6, 8, 10, 12, 18, 21 y 22) se

observa una referencia a impacto, pero no se establece una medida. Las demás son referencias indirectas al tema”.

Revisadas por el Tribunal las situaciones que presentan los numerales a los que el perito manifiesta tener referencia en ese hecho, concluye que no obstante esa manifestación no podían tener la entidad para que después de casi tres años y de iniciada la ejecución del proyecto, no se pudiera cumplir, así circunstancialmente se hubieran presentado tales hechos, los que además no se ha probado en el proceso que fueran una constante de la conducta de EFICACIA durante la ejecución del contrato. Relacionado con este tema está lo manifestado por el perito técnico en su dictamen inicial, en el cual, al contestar la pregunta 4 de las solicitudes de la convocada sobre “si el alcance del proyecto fue desbordado debido a los continuos controles de cambio a que lo sometió Eficacia” respondió que el alcance fue desbordado debido a que no se siguió completamente el “control integrado de cambios”, herramienta fundamental de la gestión del proyecto, conceptuando el perito que el alcance por continuos cambios se debió fundamentalmente al no seguimiento del proceso metodológico definido para su control y gestión, agregando el Tribunal como ya se dijo, que los cambios tampoco eran exóticos en este tipo de contratos y esa situación la saben los consultores, pues son además facultades del asesorado.

En el examen pericial, el perito solamente pudo obtener 20 solicitudes de cambio elaboradas en el formato establecido en el plan del proyecto y además comprobó que muchos cambios fueron aprobados directamente en las reuniones del comité directivo sin seguir el procedimiento establecido y sin generar los documentos apropiados. Para el Tribunal es suficiente el análisis probatorio visto en este aparte para concluir que las imputaciones de responsabilidad a EFICACIA no pueden ser de recibo y tampoco aceptar que a ella se traslade la responsabilidad directa y principal de la convocada como ejecutora de la oferta que con conocimiento de causa y de la situación de la convocante presentó como solución tecnológica el sistema integrado de información.

Otro aspecto que se ha tenido en cuenta para establecer una responsabilidad de incumplimiento de Eficacia ha sido la afirmación de no haber dispuesto los recursos humanos necesarios para lograr el adecuado desarrollo del producto contratado, para tal efecto Assenda trata de poner de presente a través de algunos testimonios que se recepcionaron en el proceso arbitral y en algunas de

las preguntas formuladas al perito técnico que Eficacia incumplió con su obligación de destinar unos recursos humanos al proyecto. Para el Tribunal es de suma importancia lo que el perito técnico conceptúa en este aspecto concreto, cuando manifiesta que “no es posible concluir si Eficacia puso o no a disposición del proyecto todos los colaboradores que le correspondía poner, puesto que considera que no es una muestra representativa y en cambio corresponde a una serie de referencias puntuales”. Las referencias a que se refiere están indicadas en las actas del comité directivo que se relacionan en la tabla no. 14 del dictamen, folio 055 del cuaderno 11. En términos simples debemos concluir que no se logró demostrar y probar por parte de la convocada su afirmación de no haber contado con los colaboradores necesarios. Igualmente de los distintos testimonios no se llega a conclusión diferente a la aquí indicada.

Queda claro con lo analizado, con el concepto técnico de lo que es un sistema integrado y su funcionalidad de conjunto, con las pruebas analizadas y en especial el dictamen del Ingeniero Gonzalo Vela, que la oferta realizada por Assenda a Eficacia, y cuyo objeto se contiene en la cláusula primera, numeral 1.1, no fue cumplida a cabalidad ni en la forma ofrecida y pactada, pues a la fecha de rompimiento de las relaciones comerciales entre las partes, no estaba instalada ni en funcionamiento como tal.

De otra parte, quedando demostrado en el proceso, que lo que fue una labor ofrecida a realizar en un año, y que sin resultados positivos en la entrega de lo ofrecido, transcurrieron casi 2 años más, sin que así sucediera, y sin demostrarse elementos extraños a la actividad de Assenda, o de Eficacia que le impidieran cumplir, es fácil colegir: Que se incumplió la oferta al no tener efectivo cumplimiento la prestación de la obligación de hacer de Assenda, de suministrar, implementar y poner en funcionamiento en Eficacia la solución integral ofrecida. Que como efecto del incumplimiento y el transcurso del plazo de la relación comercial de casi 3 años, se causaron perjuicios a Eficacia, al no disponer de la herramienta tecnológica necesaria para la administración de la empresa, el cual deberá serle resarcido por el culpable del referido daño, todo esto en los términos en que lo habrá de declarar el Tribunal en su oportuno momento.

No era la obligación de la Convocada entregar aplicaciones o módulos individuales como ya se dijo, sino entregar el sistema integrado, cosa muy distinta a lo que pretende la Convocada al afirmar y lo reconoció por intermedio de su

gestor judicial en su escrito de contestación de la demanda y alegación, al afirmar que era injusto imputarle responsabilidad, cuando sólo estaban pendientes por entregar las aplicaciones por el referidas, hecho que por el contrario es prueba del incumplimiento de la obligación de entregar el sistema integrado de su representad. El sistema como ya vimos con el apoyo técnico del libro “SISTEMA DE INFORMACION GENERAL”, no opera de manera individual, sino como conjunto en la solución, y por ello los traumas generados a la operación de la Convocante, eran de denotada importancia e influencia en su operación y de ahí la consecuencia del perjuicio derivado del mismo incumplimiento.

CAPITULO XII

LA ACCIÓN DE PERJUICIOS

La parte convocante ejerce en su demanda en las peticiones segunda, tercera expresa el convocante que el Tribunal al declarar y reconocer el incumplimiento por parte de la convocada debe reconocer la acción de perjuicios, por ello el Tribunal considera necesario detenerse en el análisis del tema.

La acción de indemnización de perjuicios con fundamento en el incumplimiento contractual está consagrada en el artículo 2341 del Código Civil que dice: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”.

De la norma anterior se deduce que la responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones del deudor, debe reunir los siguientes requisitos: el contrato, el incumplimiento del deudor, la relación de causalidad entre ese incumplimiento y el daño causado.

Con relación a un contrato bilateral, el incumplimiento contractual da origen a que el acreedor pueda ejercer el derecho alternativo de cumplimiento del contrato o de resolución del mismo, en ambos casos con indemnización de perjuicios (art. 1546 Código Civil).

Para el éxito de las pretensiones en un proceso de responsabilidad civil contractual dijo la Corte que ello “depende de la demostración, en primer término de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma, y, en

segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado” (Casación Civil de 9 de marzo de 2001, exp. 5659).

En la demanda se invoca el incumplimiento contractual de la parte convocada con relación a un contrato bilateral, que según la convocante, fue incumplido por la convocada. EFICACIA S.A. no ha ejercido el derecho alternativo que le confiere el artículo 1546 del Código Civil o sea el cumplimiento o la resolución del contrato, sino que ha formulado una acción directa de indemnización de perjuicios.

Sobre este punto de la indemnización de perjuicios se ha considerado que ella es una acción accesorias que depende de las acciones de resolución o del cumplimiento del contrato. Esta tesis ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia, en sentencias de 30 de abril de 1920, de 17 de marzo de 1931, 10 de febrero de 1932, 14 de agosto de 1931, 17 de junio de 1948 y 10 de julio de 1956. Sin embargo esta tesis constituye una interpretación exegética del artículo 1546 del Código Civil, que ha sido rechazada por la doctrina.

Obsérvese que el artículo 925 del Código de Comercio autoriza en el contrato de compraventa, que es un contrato típico bilateral, que el comprador “tendrá derecho a exigir el pago de perjuicios por el incumplimiento del vendedor a su obligación de hacerle tradición válida, sin necesidad de instaurar previamente cualquiera de las acciones consagradas en el artículo 1546 del Código Civil y 870 de este libro”.

La norma anterior significa que la misma ley está en contra de la tesis de que la acción e indemnización de perjuicios sea una acción accesorias y no una acción principal. Si para el contrato de compraventa, como contrato bilateral, se autoriza el ejercicio directo y autónomo de la indemnización de perjuicios, es jurídicamente razonable que en cualquiera otro contrato bilateral se pueda ejercer la misma acción con prescindencia del derecho alternativo establecido en el artículo 1546 del C. C.

A lo anterior debe agregarse, que cuando se trata de un contrato con obligaciones de hacer, el acreedor puede ejercer la acción indemnizatoria de perjuicios, en forma independiente y autónoma, por autorización expresa del artículo 1610 numeral tercero del C.C.

Sobre la anterior acción indemnizatoria dice la Corte: “Tratándose de una obligación de hacer, la ley permite ejercitar la acción de perjuicios, cuando no se cumple la obligación, sin subordinarla a la efectividad o extinción del contrato, según se infiere del art. 1610 del C. Civil.” (Casación 30 de abril de 1920).

A este respecto el tratadista Jorge Suescún Melo en su obra Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo dice: “En cambio, en materia comercial no existe debate ni duda, pues en este caso la ley expresamente autoriza el ejercicio directo y autónomo de la acción indemnizatoria, si bien lo hace específicamente para la compraventa; no obstante, este es el contrato que, por excelencia, produce obligaciones de dar.”

Sobre el tema anterior, OSPINA FERNANDEZ en su obra TEORIA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO, dice lo siguiente: “A este último propósito resulta criticable la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia, según la cual la acción de indemnización de perjuicios pasaría a convertirse en una acción accesoria de las acciones de cumplimiento o de resolución, en tal forma que dicha acción indemnizatoria no podría ejercerse independientemente de estas. El error de esta tesis jurisprudencial salta a la vista si se tiene en cuenta que la acción de indemnización de perjuicios es un efecto general del incumplimiento de toda obligación, cualquiera que sea su fuente (el acto jurídico unipersonal, el hecho ilícito, el enriquecimiento sin causa), y no exclusivamente de las obligaciones contractuales. Quiere esto decir que, prescindiendo de esa interpretación exegética de un solo texto legal, la verdad es que los acreedores, ex contractu, tienen tres opciones: la de pedir la ejecución coactiva, o la de solicitar la de resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios, o la de pedir esta indemnización independientemente cuando la ejecución ya no les interese o se haya hecho imposible por culpa del deudor, o cuando la resolución del contrato no les reporte otro beneficio que el de poder enervar las acciones en su contra”.

El Tribunal considera que la acción indemnizatoria en el presente proceso, contenida en la demanda y ejercida como acción principal, autónoma e independiente, es procedente para demandar el resarcimiento de los perjuicios que sean demostrados en este proceso.

LOS ELEMENTOS O REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Para la prosperidad de la responsabilidad contractual es necesario que se demuestre la existencia de la obligación mediante la prueba correspondiente del contrato celebrado entre las partes, pues si se alega un incumplimiento es lógico que debe demostrarse cual fue la obligación incumplida que consta en un contrato determinado. Así lo dispone el artículo 1757 del C.Civil.: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones del deudor la carga de la prueba le corresponde al acreedor quien debe demostrar en el proceso que la obligación no fue cumplida o que esta se cumplió en forma defectuosa o con retardo, para que puedan tener éxito sus pretensiones sobre la responsabilidad contractual. El acreedor no está obligado a demostrar aquellos incumplimientos que se refieran a hechos notorios y afirmaciones o negaciones indefinidas. Esta carga de la prueba y su excepción está regulada por el artículo 177 del C.P.C. que establece: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

Con relación al vínculo de causalidad, o sea la relación que debe existir entre el incumplimiento y el daño causado, la carga de la prueba corresponde al acreedor para que este demuestre que ese incumplimiento atribuido al deudor fue la causa directa del daño, y que, por lo tanto, este no proviene de otros hechos o causas. Sin la demostración de este elemento esencial de la responsabilidad contractual, la pretensión de indemnización de perjuicios carecería de fundamento y no podría ser reconocida por el juzgador.

El acreedor también está obligado a demostrar el daño y su cuantificación. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido

imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento, según lo dispone el artículo 1630 del Código Civil. Teniendo en cuenta que el daño emergente es el detrimento patrimonial que sufre el acreedor con el daño y que el lucro cesante es la ganancia que deja de recibirse por el incumplimiento de la obligación, de esto debe deducirse que para el éxito de una reclamación de esta naturaleza la parte convocante debe demostrar el daño y la cuantía de este, ocasionados por el incumplimiento del deudor y solicitarlos expresamente en su demanda.

Es necesario demostrar que el daño o el perjuicio sufrido es directo, cierto y previsible. Cierto, en cuanto a que el perjuicio debe ser real y no hipotético para que se le restituyan al acreedor las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento. El perjuicio debe ser directo, o sea que debe ser consecuencia inmediata del incumplimiento de la obligación, que es la causa del daño, pues la ley colombiana no hace referencia alguna a los perjuicios indirectos. Y debe ser previsible en consideración a que, ante la inexistencia del dolo del deudor, éste solamente es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, de acuerdo con el artículo 1616 del Código Civil.

Sobre el tema anterior, Jorge Suescún Melo, hace el siguiente comentario en su obra DERECHO PRIVADO ESTUDIO DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL CONTEMPORÁNEO, Tomo I, pág. 275: “El demandante deberá mostrar acuciosidad e ingenio para acreditar la ocurrencia del perjuicio, lo que le exige aportar las piezas adecuadas para demostrarlo, vale decir, para probar un demérito patrimonial o la afectación de bienes de la personalidad, y para dejar en claro que ese perjuicio es cierto, directo y previsible, según lo demanda el artículo 1616 del Código Civil, para el resarcimiento de daños producidos por el incumplimiento de obligaciones provenientes de negocios jurídicos. Esto significa que debe comprobarse la existencia y la naturaleza del daño. Pero, además, el actor debe allegar los medios para cuantificarlo a través de los dos criterios que le ofrece la ley: el daño emergente y el lucro cesante. Para ello deberá presentar los recibos que muestren los costos y expensas extraordinarios en que debió incurrir el acreedor o pedir inspección judicial a los libros de contabilidad y a sus comprobantes para acreditar, en conjunto con dictámenes periciales, la disminución de activos patrimoniales o el incremento de los pasivos. Y para el lucro cesante habrá de demostrar, por ejemplo, que el bien afectado era productivo, cuánto estaba produciendo, cuánto habría podido producir y, en fin, cuánto dejó de producir”.

CAPITULO XIII

LOS PERJUICIOS POR SOBRECOSTOS DEL PROYECTO

Al perito financiero se le solicitó “Calcular los sobrecostos en que incurrió la sociedad convocante (sic) por los atrasos y fallas en la ejecución e implementación del Sistema Integrado de Información en los ítems relacionados en la demanda: a) Gastos de personal, logística y honorarios. b) Software, hardware y consultoría. c) Intereses de financiación del proyecto.”

El perito financiero Jaime Aristizabal Arango, en respuesta a la anterior pregunta, solicitó a Eficacia “los soportes de todos los gastos en que incurrieron en el desarrollo del proyecto Alianza para los siguientes grupos de gastos:”

“a.- Gastos de personal, logística y honorarios.

“b.- Gastos de software, hardware y consultoría.

“c.- Intereses de financiación del proyecto.”

El perito financiero elaboró dos cuadros que son los siguientes:

- 1) El cuadro denominado “Eficacia S.A. Resumen Consolidado por los años 2006, 2007 y 2008, Proyecto Alianza, En reclamación vs Peritaje”, (pag. 48 del dictamen), cuadro que tiene las siguientes columnas: A) Relacionado Reclamación con un valor total de \$8.480.162.971. B) Justificado año 2006 con un valor total de \$4.686.961.647. C) Justificado año 2007 con un valor total de \$1.665.661.418. D) Justificado año 2008 con un valor total de \$1.781.751.355. E) Total Justificado \$8.134.374.420. F) Diferencia \$-345.788.551.
- 2) En el cuadro de la página 49 del dictamen, denominado Eficacia S.A., Comparativo Presupuesto vs Ejecutado con Soportes, Proyecto Alianza”, que según el perito “se presenta el resumen de las diferencias por rubro de gasto y por año”, contiene las mismas cifras de gastos durante los años 2006, 2007 y 2008 y el total de gastos justificado. La diferencia con el cuadro anterior está en que incluyó el valor del presupuesto del proyecto por un valor total de \$3.910.615.500 y una diferencia por \$4.223.758.920

que resulta de restar al valor total de gastos justificados por \$8.134.374.420 el valor del presupuesto por \$3.910.615.500.

El perito parte de la base del presupuesto establecido para el contrato celebrado entre EFICACIA e INTEGRAR, que fue de \$3.910.615.500, y a partir de esta cifra hace una comparación con la suma de \$8.134'374.420, para deducir de estas dos cifras un sobrecosto total de \$4.223'758.920, que es la diferencia entre la primera y la segunda cifra. El dictamen del perito sobre este punto fue el siguiente: "Con relación al presupuesto que nos fue presentado para el Proyecto Alianza y utilizando la información del cuadro anterior se estableció una diferencia entre lo presupuestado y lo ejecutado de \$4.223.758.920 de mas."

Para efectos del análisis de este tema es fundamental señalar que el Tribunal entiende que las partes acordaron un contrato a precio fijo por la suma de \$2340.806.762, precio que cubría la totalidad del objeto establecido en la oferta mercantil. En el dictamen del perito se observa como ese precio inicial, finalmente ascendió a la suma de \$3910.615.500, después de haber hecho unos análisis fundamentados en las contabilidades para determinar la certeza de los gastos en que se incurrió durante la ejecución de la implantación del sistema integrado de información.

La suma a la cual llega el perito financiero, obedece al mayor valor gastado por Eficacia durante la ejecución del proyecto y comparado con el presupuesto que se tenía para el mismo y que era ampliamente conocido por las partes contractuales, el cual no tuvo cumplimiento, pues se excedió por diferentes razones, entre ellas el mayor tiempo de ejecución de las obligaciones contractuales a cargo de Assenda.

Según el perito, la información para sus cálculos y conclusiones fueron extraídos de los libros de la convocante, con el fin de verificar que todos los gastos estuvieran debidamente contabilizados y soportados de acuerdo con las normas de contabilidad encontrando el perito, que de lo revisado no halló soportes por sobrecostos supuestamente incurridos en los años 2006, 2007 y 2008 por valor de \$345.788.511, los cuales no tuvo en cuenta para sus conclusiones.

En el folio No. 51 del Cuaderno 11-1, donde reposa el peritazgo, el perito clasifica los diferentes conceptos contabilizados como gastos incurridos por sobrecostos,

confrontando las partidas por reclamación en el proceso arbitral, gastos justificados en los años 2006, 2007 y 2008 y el total justificado, cifras éstas con las cuales, en el cuadro comparativo de presupuesto vs. ejecutado, folio 051, el perito determina el sobrecosto en que incurrió Eficacia en la ejecución del proyecto durante los años 2006, 2007 y 2008, comparando presupuesto total de costos vs. ejecución total de costos justificados.

De esta manera, de un presupuesto de costo del proyecto de \$3.910.615.500 se llega a gastos totales justificados y registrados en los libros contables de Eficacia, de \$8.134.374.420, generándose el sobrecosto de \$4.223.758.920.

Los valores que comprenden el sobrecosto se encuentran detallados en el concepto de cada uno de ellos en los cuadros del peritazgo que se encuentran a folios 050- 051 del cuaderno 11-1.

Este peritazgo fue materia de aclaración en escrito en el cual el perito respondió a petición del abogado de la Convocante, la pregunta sobre el cálculo de los sobrecostos y perjuicios contenidos en las preguntas 7, 8, 9 y 11, del escrito del convocante en relación con la aclaración y que reposa en el cuaderno No. 13.1. Folio No. 010 y 011.

El perito, y lo comparte el Tribunal, parte de la base del presupuesto establecido para el contrato celebrado entre EFICACIA y ASSENDA, que fue inicialmente de \$2.340'806.762 y posteriormente se incrementó a \$3.910.615.500 y a partir de esta última cifra hace una comparación con la suma de \$8.134'374.420, correspondiente a lo efectivamente gastado por EFICACIA y que reporta el perito en su dictamen, para deducir de estas dos cifras, un sobrecosto total de \$4.223'758.920. Debe anotarse, como lo dejamos explicado en la parte anterior, que el perito presenta de manera clasificada por ítem todos los valores referidos, extraídos en sus valores de los libros de la convocante.

Juzga el Tribunal, que el perito es coherente en la fórmula de calcular el sobrecosto partiendo de bases reales, como lo es el presupuesto inicial, que expresado en \$3.910.615.500, frente al total ejecutado real en los años 2006, 2007 y 2008 por \$8.134.374.420, dando un resultado por sobrecosto de \$4.223.758.920, el cual se causó en el periodo en que ASSENDA estuvo ejecutando las prestaciones a su cargo, y como consecuencia del mayor valor

invertido por Eficacia, si el contrato se hubiese cumplido en forma oportuna y en los términos que pudiera ser utilizado para los fines requeridos por Eficacia y ofrecidos por Assenda. En resumen el Tribunal habrá de decretar que sí existió el sobrecosto y se deberá reconocer y pagar por ASSENDA a EFICACIA.

El Tribunal quiere anotar en este aparte, que no comparte la impugnación que la convocada formula a los libros de contabilidad de la convocante aduciendo que por razón de unas inconsistencias en algunos registros contables no deben considerarse como llevados en debida forma, pues para el Tribunal esos hechos no pueden descalificar ni invalidan la prueba derivada de dichos libros, anotando que de acuerdo al artículo 57 del C. Co., no se encuentran ninguno de los hechos allí referidos en la forma de llevar la contabilidad la convocante y por lo tanto, al estar debidamente registrados y foliados y no presentar las anomalías del artículo referido, los acepta como prueba.

Es menester aclarar en este punto de la determinación del sobrecosto, que este surge a cargo de EFICACIA como una consecuencia directa de la conducta de incumplimiento en las prestaciones contractuales a cargo de ASSENDA, quien desde los antecedentes de la presentación de la oferta mercantil de 1° de febrero de 2006 ofreció a EFICACIA cubrir con todas las necesidades que ella tenía el desarrollo y administración de su empresa, suministrándoles e instalando a satisfacción el sistema integrado de informática en los aspectos definidos en la oferta y en los planes de trabajo, todo lo cual no se ejecutó de la manera convenida diluyéndose en el tiempo del cronograma y generando los sobrecostos referidos, además que no se entregaron varios de los módulos que conforman el sistema integral, quedando por lo tanto afectada la obligación principal, que como tal constituía la prestación total de Assenda para con Eficacia. No estamos en presencia de un daño indirecto, pues este se deriva directamente de la inexecución de la obligación principal y con ella tiene el nexo de causalidad necesaria para incurrir en la responsabilidad de reparación del daño que corresponde a Assenda.

CAPITULO XIV

PERJUICIO POR MAYOR ENDEUDAMIENTO POR FALLAS DEL SISTEMA INTEGRADO

Dictamen del perito

Se formuló al perito financiero la siguiente pregunta número 8:

“Calcular el mayor endeudamiento en que debió incurrir la sociedad convocante como resultado de las fallas del Sistema Integrado de Información contratado con ASSENDA S.A. en las salidas en vivo en los meses de octubre de 2007 y febrero de 2008.”

En respuesta a lo anterior, el perito dictamina:

“Del análisis de las curvas anteriores se infiere que el incremento en el pasivo financiero no es resultado de un aumento en los niveles de facturación de las empresas pues si ello hubiere sido así, la relación pasivo financiero/ventas habría permanecido relativamente constante.”

“El hecho de que para el grupo Eficacia no fue posible facturar oportunamente en algunas ocasiones luego de las salidas en vivo, los llevo a optar por generar unas provisiones de ingresos buscando evitar inconsistencias en los estados financieros. Además de lo anterior las supuestas fallas en la operación del software ADAM produjeron atrasos en las liquidaciones de nomina e inconsistencias que causaron problemas en los pagos del personal en misión y en outsourcing. Ambas situaciones llevaron al grupo, bien a no poder facturar oportunamente o a no hacerlo hasta tanto no se corrigieran las inconsistencias, trayendo como consecuencia una demora en el pago de las facturas por parte de los clientes y por ende un aumento en las necesidades de capital de trabajo para operar” (Pagina 52 del dictamen).

El perito elaboró una grafica sobre pasivo financiero entre enero de 2007 y noviembre de 2008, otra grafica sobre relación deuda/ventas, dio una información sobre pasivo financiero, ingresos y cartera entre enero de 2007 y diciembre de 2008, una grafica de rotación de cartera entre enero de 2006 y noviembre de 2008, una grafica sobre promedio móvil de rotación de cartera en un año, y una última grafica para el periodo entre septiembre de 2007 y noviembre de 2008 en

la que determina los días de rotación de cartera, los días adicionales y el valor de la cartera en exceso

Con base en lo anterior, el perito concluyó:

- “Como se evidencia en la grafica (pasivo financiero) hay un aumento sustancial en el pasivo financiero entre los meses de septiembre de 2007 y julio de 2008.” (Pagina 50 del dictamen)
- “De acuerdo con todos los índices y valores presentados anteriormente hemos concluido que el periodo de sobreendeudamiento para financiar el exceso de cartera es el comprendido entre los meses de septiembre de 2007 y julio de 2008, sin embargo se nota claramente que solo hasta noviembre se da una efectiva recuperación de los días normales de cartera por lo cual se incluye hasta ese mes el calculo de la cartera en exceso.” (Pagina 53 del dictamen).
- “Tomando el promedio de rotación de cartera del año corrido inmediatamente anterior a septiembre de 2007 que da un valor de 38.4 días se procedió a calcular mes a mes cual fue el exceso de cartera que debió financiar el grupo Eficacia. Cabe anotar que en la metodología empleada, aquellos meses que aparecen con rotación inferior a los 38.4 días aparecerán con valores negativos”
- En la grafica correspondiente al exceso de cartera, el perito dijo que “los valores detallados en el cuadro anterior como cartera en exceso corresponden al mayor endeudamiento en que debió incurrir la sociedad convocante.”
- Con base en el anterior calculo de cartera en exceso que es igual al mayor endeudamiento, el perito procedió a liquidar el gasto financiero para concluir: “En resumen el valor de los gastos financieros imputables al mayor valor de endeudamiento calculado en la pregunta anterior es de \$1.020.859.312.”

Las salidas en vivo

Como el perito anota que después de las salidas en vivo no fue posible facturar por parte de Eficacia, para los efectos del análisis que hará el Tribunal en este

aparte se tiene en cuenta que las salidas en vivo del Sistema Integrado se programaron para el 2 de octubre de 2007 y 4 de febrero de 2008.

La primera salida del 2 de octubre de 2007, en concepto del perito técnico Gonzalo Vela Medina, “no fue exitosa en el sentido de que el Sistema Integrado no operaba de manera que su utilización resultara apropiada para las necesidades de Eficacia”: (Pagina 24 del dictamen).

Para el Tribunal, el perito incurrió en un error al considerar o a dar por probado que el sistema integrado se encontraba en operación a partir de septiembre de 2007. No tuvo en cuenta el perito que mientras se estaba efectuando la implantación del sistema integrado, EFICACIA S.A. continuaba prestando sus servicios utilizando en paralelo su sistema anterior o sea el sistema que iba a ser reemplazado por el integrado. Esto significa que a partir de la fallida salida en vivo de octubre 2 de 2007, el Sistema Integrado, objeto del contrato, no estuvo operando, como se indica en el párrafo siguiente. Teniendo en cuenta que EFICACIA estuvo operando su sistema anterior con lo cual podía hacer las facturaciones correspondientes a su negocio.

En el siguiente aparte del perito técnico, pág. 49 del dictamen, se dice:

“Dado que en la documentación examinada se registran dos salidas en vivo, una primera realizada el 2 de octubre de 2007, la cual fue cancelada, y otra el 4 de febrero de 2008, el perito se referirá a cada uno de estos eventos separadamente.”

“Salida en vivo del 2 de octubre de 2007. El perito encontró que en comunicación de la Interventoría a Integrar/Assenda, fechada en 23 de octubre de 2007, se informa que EFICACIA “.....tomo la decisión unilateral de retomar todos los procesos de la operación con los sistema anteriores (GP – SIF – GACELA – CGUNO), hasta diciembre de 2007, mientras se sigue trabajando en paralelo con el nuevo sistema para probar y corregir las inconsistencias que se presenten.” De acuerdo con este registro, EFICACIA decidió mantener un paralelo de sus sistemas con el nuevo sistema hasta diciembre de 2007.”

“Salida en vivo del 4 de febrero de 2008. Para esta salida en vivo, el perito encontró que en el acta del Comité Directivo 065 de 13 de marzo de 2008, se registra lo siguiente: “En la primera semana se logro cumplir con la meta de

trabajo y por ello se suspendió el paralelo con la conciencia de que esta semana era la mas fácil y que seguramente la segunda tendría menos complicaciones.”
(Pag. 49 del dictamen)

La operación en paralelo del sistema anterior de Eficacia no solo estuvo vigente hasta diciembre de 2007 sino que se prolongó hasta la primera semana de marzo de 2008, después de la segunda salida en vivo el 4 de febrero de 2008, como lo afirma el perito en los apartes antes transcritos.

Rotación de Cartera

El perito para justificar su dictamen sobre el mayor endeudamiento de Eficacia, utilizó el método de la cartera en exceso, y para ello estableció dos parámetros: a) Determinar la rotación de cartera del año inmediatamente anterior a septiembre de 2007, fecha en la cual, según el perito, comienza el mayor endeudamiento, lo cual dio un resultado de 38.4 días. b) Este número de días de rotación de cartera da origen a que la cartera con rotación superior a 38.4 días produce un mayor endeudamiento, que no lo produce en el caso contrario.

El mayor endeudamiento para el cálculo de su costo financiero, ya no lo atribuye el perito a las fallas en el Sistema Integrado (Salidas en Vivo y Fallas del Frente ADAM) con relación a la elaboración de facturas, sino a la rotación de cartera para crear la figura de cartera en exceso.

Cuando se adopta como causa del endeudamiento las inconsistencias del Sistema Integrado con el efecto directo de demoras en la elaboración de facturas, podría producirse un mayor tiempo de recaudo de las facturas equivalente a esas demoras. Estos tiempos no serían iguales para todas las facturas pues las inconsistencias serían diferentes. Estas inconsistencias podrían ocasionarse por problemas de tipo funcional, cuando el sistema no funciona de acuerdo con lo especificado; o por problemas de tipo no funcional, cuando el sistema tiene tiempos de respuesta demorados; o por problemas de datos, cuando la calidad de estos no es la apropiada para el proceso de la información.

El perito no da una explicación satisfactoria de cual es la razón financiera técnica o comercial para determinar ese procedimiento de cálculo que generó lo que él llama cartera en exceso. Una rotación en cartera no depende de una sola causa

como lo anota el perito sino de otras causas como es la demora en que pueden incurrir los clientes en el pago de sus facturas, caso en el cual el mayor número de días de rotación no se podría justificar en la forma en que lo hace el perito con relación a las fallas del sistema del proceso de facturación. Otra de las causas que podría considerarse en la rotación de cartera es la referente a la calidad de los datos que se suministran al sistema para su procesamiento y la elaboración de las facturas. Si estos datos son incompletos, imprecisos o equivocados, la facturación adolecerá de esas fallas y producirá un incremento en la rotación de la cartera. Dados estos hechos no se puede concluir que la simple rotación de una cartera con una demora superior a 38.4 días, tenga como única causa las inconsistencias de un sistema integrado. Tampoco se puede concluir que el nivel de rotación de 38.4 días es el que indica si hubo o no una inconsistencia en el sistema. Por las consideraciones anteriores, el Tribunal encuentra que no se probó de manera clara que el mayor endeudamiento tenía origen en la falta o en las fallas de la facturación del sistema, y no quedó determinado si solamente el originador del mayor endeudamiento fueron esas fallas o la satisfacción de otro tipo de gastos en el desarrollo de la empresa.

CAPITULO XV

PERJUICIO POR PERDIDA DE CLIENTES

Dictamen pericial

En el dictamen del perito técnico se informa que se pudo establecer que ocho clientes importantes “tomaron la decisión de retirarse parcial o definitivamente del servicio prestado por el Grupo Eficacia como resultado de las fallas en la liquidación y pago de nóminas y en la facturación...estos clientes son Novamed S.A., Colombina, Henkel, Comercializadora Nacional SAS Limitada Fritolay, Sanford S.A., Avícola Nápoles y Quala S.A.”.

El perito determina que el período de pérdida de facturación por la terminación del contrato por parte de los clientes debe estar entre tres y doce meses, pero al mismo tiempo considera que “un lapso de seis (6) meses puede ser razonable para tener en cuenta como período para calcular la facturación perdida por los

efectos de las fallas y atrasos en la implementación del sistema de información y su consiguiente cálculo de ingresos para el Grupo Eficacia”.

Con base en lo anterior el perito calcula que el valor de la facturación perdida en ese período de seis meses es de \$19.389.040.292, y que el menor ingreso para el Grupo sería de \$1.105.741.507.

Prueba de la pérdida de clientes.

No existe en el proceso la prueba pertinente de los siguientes hechos con relación a la pérdida de facturación a los clientes que según el dictamen prescindieron de los servicios de EFICACIA S.A., pruebas que debieron ser las siguientes:

a.- El contrato celebrado entre EFICACIA S.A. y cada uno de los siete clientes que se retiraron de EFICACIA S.A., con el fin de demostrar cuál era el objeto de los servicios, el plazo de vigencia del contrato, y demás cláusulas que regulaban esa relación comercial.

b.- Las comunicaciones de los clientes sobre los posibles reclamos relacionados con los servicios de EFICACIA S.A.

c.- Las comunicaciones de los clientes dando por terminado los contratos celebrados con EFICACIA S.A.

Como las pruebas anteriores no existen en este proceso, el perito para poder fundamentar su dictamen utilizó un recurso que no es de recibo para el Tribunal, consistente en crear una nueva prueba allegando correos electrónicos enviados al perito por unos funcionarios de algunas de las empresas. En estas comunicaciones se hace referencia a contratos con Eficacia y/o Extras, a su plazo y a su vigencia.

Con base en la anterior información el perito hizo la cuantificación de los perjuicios ocasionados.

Esa información que consta en unos correos electrónicos, cuya autenticidad no se puede establecer, por tratarse de documentos emanados de terceros, es una prueba que no puede aceptarse como un fundamento válido del dictamen pericial

en este punto. En efecto, el perito, no tiene la facultad para crear pruebas que sustituyan las que no fueron pedidas por la parte convocante para acreditar los hechos de su demanda. Esas informaciones además no son pruebas controvertidas dentro del proceso y por eso carecen de la correspondiente validez procesal.

El Tribunal considera que el convocante debió presentar con su demanda los documentos que debían encontrarse en su poder, como eran el contrato celebrado con los mencionados clientes, y las comunicaciones entre EFICACIA y sus clientes relacionadas con el cumplimiento y la terminación de esos contratos. Si no lo hizo así, esto significa que no quiso hacer valer como prueba esos documentos que debían estar en su poder (numeral 6 artículo 77 del C.P.C.).

La inexistencia de las pruebas anteriores, impedía al perito hacer suposiciones para buscar promedios financieros de ingreso dejado de recibir, cuando además tampoco podía presumir las facultades de terminación o vigencia supuestas del contrato de EFICACIA con sus clientes. A este respecto es necesario observar que un contrato se puede terminar por muchas causas, que pueden atribuirse a la libre decisión del contratante de dar por terminado un contrato, a la terminación de las actividades de la empresa, o a la disolución o liquidación de la misma, o por otras causas diferentes a las fallas o deficiencias operacionales del sistema. Por consiguiente ante la falta de esa prueba no puede concluirse, como lo hizo el perito, que la pérdida de clientes tuvo una causa imputable a INTEGRAR-ASSENDA.

El perito hace un cálculo del menor ingreso que no recibió EFICACIA por la facturación perdida de los clientes que se retiraron de su servicio, con el supuesto periodo de seis meses que el perito asume que “puede ser razonable para tener en cuenta como periodo para calcular la facturación perdida por los efectos de las fallas y atrasos en la implantación del sistema de información y su consiguiente calculo de ingresos para el Grupo Eficacia”.

El Tribunal no comparte la posición del perito en este aspecto, al fijar un mismo periodo de tiempo para calcular la facturación pérdida de todos los clientes de Eficacia que prescindieron del servicio de esta empresa. Esta es una suposición y una apreciación subjetiva del perito que no está sustentada con un soporte claro y preciso.

Las razones anteriores llevan al Tribunal a no acoger la solicitud de una condena por perjuicios por pérdida de clientes y así lo resolverá en este laudo.

CAPITULO XVI

LAS ACCIONES EJERCIDAS EN LAS PRETENSIONES CUARTA, QUINTA Y SEXTA DE LA DEMANDA PRINCIPAL

En la pretensión cuarta de la demanda, la parte convocante solicita que se declare que Eficacia “tenía y tiene el derecho de hacer ella o de encargar a terceros – a expensas de ASSENDA S.A.- la realización de las tareas y la elaboración de los productos que Assenda dejó pendientes o no quiso o no pudo realizar o entregar de conformidad con los requerimientos contractuales...”

La pretensión quinta de la demanda es una consecuencia de lo anterior, y en ella se pide “condenar a Assenda S.A. a reembolsarle a Eficacia el valor total de los costos que la realización de dichas tareas y la elaboración de dichos productos le hubieren significado, junto con un diez por ciento (10%) adicional, todo en los términos del contrato (Oferta Final, estipulación 20.3).

En la pretensión sexta pide que “se intime a Assenda S.A. para que dentro del plazo que se señale en el laudo, ejecute aquellos compromisos que para el momento de proferirse dicho laudo aun estuvieren pendientes de ser cumplidos y, en todo caso, pudieren contribuir a completar en debida forma el Sistema de Información Integrado y a la operación adecuada de los procesos que fueron materia del contrato, es decir, que no hubieren sido ya ejecutados por Eficacia o un nuevo contratista en la forma prevista en la pretensión segunda.”

Con las anteriores pretensiones, la parte convocante está ejerciendo las acciones previstas en el artículo 1610 del C. Civil, que son las siguientes:

“Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

- 1ª. Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;
- 2ª. Que se le autorice a el mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.
- 3ª. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.”

Se observa que en la pretensión primera de la demanda Eficacia solicita que “se declare que Assenda S.A. ha incumplido varias de las obligaciones que asumió en virtud del contrato:

“a...b...c. Porque hay tareas a su cargo que no han sido ejecutadas y productos que no han sido entregados, o que no lo han sido a satisfacción de Eficacia. (Oferta final, estipulaciones 1.2ii, iv y v, 7.1, 9.1 ii y iv, 9.2, 10.7, 10.15, 20).

En la pretensión segunda de la demanda, Eficacia solicita que “se declare que dicho incumplimiento le ha causado a Eficacia muchos y muy graves perjuicios”, declaración que consecuencialmente da lugar a que en la pretensión tercera Eficacia demande una condena de perjuicios contra Assenda por una cuantía aproximada de diez mil millones de pesos o superior.

De lo anterior se deduce lo siguiente:

- a. La obligación de Assenda de que “hay tareas a su cargo que no han sido ejecutadas y productos que no han sido entregados” sirve de fundamento en las pretensiones primera, segunda y tercera para que se declare su incumplimiento y se haga la condena por indemnización de perjuicios.
- b. La obligación de Assenda relacionada con “la realización de las tareas y la elaboración de los productos que Assenda S.A. dejó pendientes o no quiso o no pudo realizar o entregar...” sirve de fundamento a la pretensión cuarta para que se declare el derecho de Eficacia de hacer ella o por medio de terceros la realización de dichas tareas, y también sirve de soporte en las pretensiones quinta y sexta para que Eficacia solicite el reembolso de los costos que esta hubiere realizado en las tareas anteriores, y para que demande la intimación contra Assenda para que esta ejecute “los compromisos que al momento de proferirse el laudo aun estuvieren pendientes de ser cumplidos..”

- c. Hay una identidad de los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones de la letra a) y a las pretensiones de la letra b), hechos que se refieren a las tareas que no han sido ejecutadas y productos que Assenda dejó pendientes o que no pudo realizar o entregar.
- d. Dada esa identidad, se concluye que las mismas obligaciones no pueden ser objeto de pretensiones principales diferentes, pues lo apropiado es ejercer una de ellas como lo dice el art. 1610 del C.C., la de incumplimiento con indemnización de perjuicios, o la otra, la de pedir el reembolso de los gastos de tareas efectuadas por Eficacia y la de intimar a Assenda para que ejecute lo que dejó pendiente.

Con fundamento en lo anterior se denegarán las pretensiones cuarta, quinta y sexta de la demanda principal.

CAPITULO XVII

CLAUSULA PENAL

La cláusula penal pactada en el contrato, está contenida en la cláusula trigésima segunda numerales 32.1 y 32.2 dice:

“32.1.-El incumplimiento por cualquiera de las partes de cualesquiera de las obligaciones derivadas del contrato le constituirá en deudor frente a la parte cumplidora, a título de pena, por una suma equivalente al 30% del valor de la misma, sin perjuicio de los intereses de mora que se pueda causar a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Bancaria”

“32.2.- Se entenderá en todo caso que el pago de la pena no extingue la obligación principal, y que la parte cumplidora podrá pedir a la vez el pago de la pena y la indemnización de perjuicios si es el caso”.

La aplicación de la cláusula penal en concurrencia con el cumplimiento de la obligación principal y con la indemnización de perjuicios está regulada en las siguientes normas del Código Civil:

“ART. 1594.- Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación

principal; ni constituido el deudor en mora puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.

“ART. 1600.- No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor, pedir la indemnización o la pena”.

Teniendo en consideración que en la demanda se ejerce la acción de indemnización de perjuicios compensatorios por incumplimiento de las obligaciones de ASSEDA, el caso a analizar sería si es procedente o no acumular la indemnización de perjuicios demandada con el valor de la cláusula penal.

El pacto referente a la cláusula penal, como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, es una estimación anticipada de los perjuicios, que puedan causarse con el incumplimiento de una obligación. Los perjuicios pueden ser compensatorios o moratorios. Los primeros como su nombre lo indica, constituyen una compensación del valor del daño patrimonial que se ha ocasionado al acreedor con el incumplimiento de la obligación. Los segundos, o sean los moratorios, constituyen una penalización por el retardo en el cumplimiento de la obligación.

Sobre la indemnización de perjuicios la Corte ha dicho que existen “dos tipos de indemnización exigibles a opción del acreedor como cumplimiento del contrato por parte del deudor constituido en mora: la moratoria y la compensatoria. Corresponde la primera al retardo (falta transitoria de pago) y la segunda a la inejecución absoluta o ejecución imperfecta de la obligación (falta definitiva de pago en todo o en parte). La diferencia entre la una y la otra radica en que la indemnización moratoria se agrega a la ejecución del objeto tal como se pactó, en tanto que la compensatoria excluye esta ejecución pero comprende en cambio, el valor o precio del objeto debido, en todo o en parte” (Casación de 3 de mayo de 1977).

Del análisis que se hace de la cláusula penal pactada en el contrato se deduce que la multa o pena pactada en él, es una estimación anticipada que hicieron los contratantes de los perjuicios compensatorios, por el incumplimiento de obligaciones contractuales. No se puede decir que esa cláusula contiene una penalidad por concepto de perjuicios moratorios porque no se establece expresamente que la multa o pena sanciona el retardo en el cumplimiento del deudor.

Para el Tribunal es claro que sí es posible pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios en el presente caso, pues así se estipuló expresamente en el contrato.

La acumulación de la pena y la indemnización de perjuicios, en el caso de pactarse expresamente, está avalada, además de la ley, por la doctrina. El doctor OSPINA FERNANDEZ en su obra REGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Sexta Edición, Temis, señala: "...el artículo 1600 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede exigir la pena y la indemnización de perjuicios, siempre que esta se deje expresamente a salvo y, por ello, dicha pena asume el carácter de apremio al deudor,...". En el mismo sentido se expresa el doctor JAIME ARRUBLA PAUCAR en su obra CONTRATOS MERCANTILES Tomo I, 11ª. Edición, 2004: "...podría estipularse expresamente que pueden cobrarse independientemente los perjuicios de la pena o los intereses moratorios, estipulación que admite claramente el artículo 1600 del Código Civil y nos situaría en lo que se dado a llamar cláusula penal de apremio, en la cual, el propósito inmediato no ha sido realizar una evaluación anticipada del perjuicio, sino más bien, hacer énfasis exclusivamente, en ese otro importante efecto de la cláusula penal, cuando con ella se pretende compeler al cumplimiento y sancionarlo por su conducta anticontrato".

Asimismo lo ha reconocido el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en providencia de Enrique Jose Arboleda Perdomo de mayo 25 de 2006, atendiendo una consulta del Ministerio de Defensa sobre la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad al pacto de multas dentro de los contratos estatales y sus efectos jurídicos. En dicha providencia se reconoce que "...las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes, de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La ley le permite a las partes, que al margen de

sus mandatos, incluyan algunas estipulaciones en los contratos con estas finalidades, las que se conocen como cláusulas penales”.

En estos aspectos, es necesario recordar que las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes en un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. En este orden, la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Civil, se ha referido a ellas, y por ser explicativa del tema que se analiza en este Laudo, se transcribe el siguiente párrafo de la Sentencia de mayo 23 de 1996, ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo. Expediente 4607: *“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permite la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato”.*

Si revisamos las cláusulas contractuales transcritas que son 32.1 y 32.2, tenemos que la intención de la cláusula penal pactada en el sub-lite, según la literalidad de la misma, el incumplimiento de cualquiera de las partes de las obligaciones derivadas del contrato, da origen a que la parte incumplida, reconozca y pague a título de pena, el equivalente al 30% del valor del contrato. Constituye esta sanción una pena con operancia ipso jure, dado que así lo matizaron las partes en su clara redacción, teniendo el texto clara armonía con el segundo tipo de pena analizado anteriormente. De otra parte más claro es el numeral 32.2 que

determinó de manera perentoria, que el pago de la pena no extingue la obligación principal, y que la parte cumplida podrá pedir a la vez el pago de la pena y la indemnización de perjuicios. Esta última frase de coexistencia de la demanda de la multa y los perjuicios está en consonancia absoluta con el artículo 1600 del Código Civil, que prohíbe ab initio el cobro simultáneo de las dos especies jurídicas, pero determinando que si así lo han pactado las partes, es decir que se puede cobrar la pena y el perjuicio, el pacto es válido, como también si lo han establecido en contrario.

El Tribunal considera, en consecuencia, con lo ordenado en el artículo 1600 del Código Civil, las cláusulas contractuales aquí referidas y la intención de las partes resultantes de las mismas, es pertinente la petición de la convocante de reconocer la condena pedida por aplicación de la cláusula penal pactada en la relación contractual y por el 30% del valor del contrato, el cual fue de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.340.806.762), pues no tiene el tribunal prueba procesal suscrita o convenida de manera expresa por las partes que demuestre su incremento, pues cosa diferente fueron los sobre costos que se encontraron demostrados en el proceso por haber sobre pasado las cifras presupuestadas. Por esta razón, la multa se liquidará sobre el precio contenido en la oferta contractual.

CAPITULO XVIII

ANALISIS DE LAS EXCEPCIONES DE MERITO PROPUESTAS POR ASENDA S.A.

NULIDAD, INVALIDEZ E INEXISTENCIA DE LA CLAUSULA ARBITRAL Y FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Respecto de esta excepción el apoderado de la convocada la fundamenta en que la cláusula arbitral es nula por objeto ilícito por disponer que “el laudo arbitral será definitivo e inapelable”, violando el debido proceso por no consagrar la doble instancia. Igualmente alegó que la cláusula compromisoria es inexistente porque consta en una oferta mercantil “cuya aceptación por el destinatario no está

demostrada con la respectiva orden de compra”, y la aceptación tácita tampoco está probada. En cuanto a la falta de competencia del Tribunal la fundamentó en que el pacto arbitral es nulo y que el documento que lo contiene no es un contrato y tampoco una oferta mercantil aceptada, luego el Tribunal carece de competencia para conocer y decidir la competencia.

Al respecto el Tribunal en el Acta No. 7 del 11 de agosto de 2009, mediante auto No. 11, resolvió los aspectos relacionados con esta excepción en los siguientes términos:

“LA CLAUSULA COMPROMISORIA Y LAS ACCIONES CONTENIDAS EN LAS DEMANDAS.

La cláusula compromisoria contenida en la Oferta Mercantil KCS 203 de primero de febrero de 2006, especifica las diferencias que pueden ser objeto de arbitramento, en los términos siguientes:

“... **39.6. Arbitramento.** Cualquier conflicto, desacuerdo o diferencia de criterio que pudiera surgir entre las Partes en relación con la interpretación, aplicación y ejecución de esta Oferta Mercantil, su aceptación o el Contrato que se perfeccione con ello, será discutido y resuelto en forma directa, amistosa y de buena fe entre las partes. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito a la otra que dicho conflicto, desacuerdo o diferencia se resuelva de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje Comercial, ante un Tribunal de Arbitraje compuesto por tres (3) árbitros que serán designados entre la nómina de árbitros establecida en la Cámara de Comercio de Santiago de Cali o su equivalente. Dicho Tribunal fallará en Derecho. El Laudo Arbitral será definitivo e inapelable y podrá ser objeto de ejecución por vía jurisdiccional, de conformidad con las normas legales pertinentes. Los gastos generados en desarrollo del proceso arbitral serán asumidos por la parte vencida.”

Las acciones que ejerce la parte convocante en su demanda pretenden: A) Que se declare el incumplimiento de varias obligaciones que asumió la parte convocada. B) Que se declare que ese incumplimiento le ha ocasionado a Eficacia S.A. graves perjuicios. C) Que se condene a Assenda S.A. pagar a Eficacia S.A. una cuantía aproximada de diez mil millones de pesos o la que se demuestre en el proceso. D) Que se declare que Eficacia S.A. tiene el derecho de encargar a terceros las tareas y elaboración de productos que Assenda dejó pendientes. E) Que se condene a Assenda a reembolsarle a Eficacia el valor total

de la realización de dichas tareas y elaboración de productos, más un diez por ciento, en los términos del contrato. F) Que se intime a Assenda para que ejecute aquellos compromisos que al momento de proferirse el Laudo aun estuvieren pendientes de ser cumplidos. F) Que se condene a Assenda a pagar a Eficacia el valor de la cláusula penal prevista en el contrato. G) Que se condene a Assenda al pago de intereses moratorios. H) Que se ordene la actualización monetaria de todas las condenas contra Assenda.

La parte convocada formuló demanda de reconvención en la que solicita lo siguiente: A) Condenar a Eficacia a pagar a Assenda o Integrar la suma de \$1.797.217.077, o la suma que resulte probada, por daños y perjuicios resultante del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por Eficacia en la oferta mercantil KCS203 de primero de febrero de 2006. B) Condenar a Eficacia a pagar hasta 1.000 salarios mínimos legales vigentes, por concepto de perjuicios morales, ocasionados a Assenda o Integrar, en la persona de sus accionistas, administradores y directores. C) Condenar a Eficacia a pagar a Assenda o Integrar los intereses de mora por el no pago de las obligaciones a su cargo.

El contenido de las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvención se refieren a la ejecución de la Oferta Mercantil, en razón a que mediante ellas se solicita primordialmente la declaración del incumplimiento de obligaciones contractuales y las correspondientes indemnizaciones de perjuicios. Y como las diferencias que las partes sometieron a arbitramento fueron las relacionadas, entre otras, con la ejecución de la oferta, resulta indudable la competencia del Tribunal para conocer y decidir el objeto del presente litigio.

Las controversias planteadas por ambas partes son de carácter patrimonial, y por lo tanto, ellas pueden ser objeto de transacción, sin que exista prohibición legal sobre esta materia, condición que habilita a los contratantes para someter a arbitraje esas diferencias. Las partes que comparecen en este proceso a través de sus representantes legales y sus apoderados, son plenamente capaces para celebrar el contrato de transacción.

LA OFERTA Y SU ACEPTACION

La convocada alegó que el Tribunal es incompetente para conocer y decidir las diferencias objeto del litigio, porque no existe un contrato firmado por ambas partes sino una oferta cuya aceptación no esta demostrada.

La parte convocada argumenta que no existe prueba sobre la aceptación de la oferta mercantil formulada por la parte convocada a la parte convocante, aceptación que, de acuerdo con la ley, debió hacerse dentro de los seis días siguientes a la fecha de la propuesta.

En los documentos presentados con la demanda de la parte convocante, folio 218 cuaderno 1.2, se encuentra la comunicación de fecha 19 de junio de 2008 dirigida a Assenda S.A. y suscrita por Liliana Estrada de Londoño, en su calidad de representante legal de Eficacia, en la que Eficacia S.A. determina el contenido de la comunicación y hace referencia a la aceptación de la oferta en los términos siguientes:

“Santiago de Cali, 19 de junio de 2008

“Señores

“Assenda S.A.

“Atención: Dr. Eugenio Castro

“Presidente

“Calle 29 Norte No. 6 A-40

“Cali.

“Ref: Incumplimiento contractual de Integrar bajo la Cláusula Vigésima de la Oferta Mercantil de “1 de febrero de 2006 dirigida por Integrar a Eficacia S.A. que fuera aceptada por medio de “Orden de Servicios del 16 de febrero de 2006.”

“Apreciados señores:

“Por medio de la presente comunicación y para todos los efectos previstos en la cláusula “vigésima del Contrato que se perfeccionó con la aceptación de la Oferta Mercantil señalada en “la referencia,.....”

“Cordialmente,

“EFICACIA S.A.

“Liliana Estrada de Londoño

“Representante Legal.”

En respuesta a lo anterior, Assenda envió a Eficacia la comunicación de junio 25 de 2008, folio 224 cuaderno 1.2, en la que determina el tema de esta comunicación haciendo referencia a la Oferta Mercantil y su aceptación, así:

“Cali, junio 25 de 2008

“Señores

“Eficacia S.A.

“Atención: Liliana Estrada de Londoño

“Avenida 5 Norte No. 20N-38

“Cali:

“Ref: Su comunicación de junio 19 de 2008, recibida en Assenda el pasado 24 de junio de “2008, relativa a un supuesto incumplimiento de la oferta mercantil de febrero 01 de 2006, “suscrita por Integrar S.A., hoy Assenda S.A. y aceptada por Eficacia S.A. mediante orden de “servicio de febrero 16 de 2006.

“Respetada Liliana:

“Acusamos recibo de su comunicación de la referencia y damos respuesta a la misma en los “siguientes términos:

.....

“Cordialmente,

“Eugenio Castro Carvajal

“Presidente

“Assenda S.A.”

Ambas partes coinciden en que hubo una oferta mercantil, denominada KCS 203, formulada por Assenda S.A. el 1 de febrero de 2006, y una aceptación de Eficacia

S.A. como destinatario de la propuesta, de febrero 16 de 2006, lo cual constituye una prueba que desvirtúa la impugnación que hizo la parte convocada sobre este punto.

Con respecto al plazo dentro del cual debió formularse la oferta, se observa que esta tiene fecha primero de febrero de 2006, y que la aceptación se hizo mediante una Orden de Servicios de 16 de febrero de 2006, lo cual indica que la aceptación se hizo dentro de un plazo mayor al de seis días previsto en la ley. Sin embargo, las normas que regulan la oferta mercantil autorizan a “las partes para fijar plazos distintos a la aceptación o rechazo de la propuesta”, según lo el artículo 853 del C. de Comercio. Las comunicaciones antes transcritas demuestran que ambas partes estuvieron de acuerdo en que esta aceptación se hiciera en los términos en que se hizo, entre el 1 y el 16 de febrero de 2006, pues no existe impugnación o reserva sobre este punto.

Las partes ratificaron la Oferta Mercantil y su Aceptación con el Acta de Inicio del Proyecto de 20 de febrero de 2006, folio 054 cuaderno 2 cuyo parte pertinente dice lo siguiente: “

“ACTA DE INICIO DE PROYECTO

“Código Propuesta: KCS 203

Código Proyecto: PRY-025

“Nombre del cliente: Grupo Corporativo Eficacia S. A.

“Por medio del presente documento se hace inicio formal del Proyecto “Sistema “Integrado para Eficacia S.A.” durante el cual se instalaran los productos y “servicios contratados a INTEGRAR S.A., y que se encuentran amparados bajo “la propuesta comercial No. KCS203 de fecha Febrero 01 de 2006.”

“Para constancia se firma el día 20 de febrero de 2006.

“Por parte del cliente,

Por parte de Integrar S.A.

“Gerente de Proyecto

Gerente de Proyecto”

VALIDEZ DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA

Alegó la parte convocada que el pacto contenido en la cláusula compromisoria, referente a que “el laudo será definitivo e inapelable”, tiene un objeto ilícito por violación del derecho público de la Nación, y por esta razón la cláusula es nula, invalida o inexistente.

Es indudable que la ley establece la sanción de nulidad absoluta (a) en los negocios jurídicos que “contraríen una norma imperativa”, salvo que la ley disponga otra cosa, y (b) cuando los negocios “tengan una causa u objeto ilícitos”. (artículo 899 del C. Comercio).

Asimismo el Código Civil establece como causal de nulidad absoluta la producida “por un objeto o causa ilícita”, según el artículo 1741.

La nulidad absoluta violación de normas imperativas o por tener una causa u objeto ilícitos, se ha establecido tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio para los negocios jurídicos privados que celebren los particulares.

Esta nulidad es una figura jurídica distinta a las estipulaciones de los particulares que modifiquen o deroguen o sustituyan las normas procesales, que por pertenecer al derecho público y al orden público, son de imperativo cumplimiento.

El artículo 6 del C. de P. C. dispone lo siguiente sobre la obligatoriedad de las normas procesales:

“Artículo 6. Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

“Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas.”

Ambas figuras, la nulidad absoluta de los negocios jurídicos y los pactos privados que violen las normas procesales, tienen las siguientes características:

A) La nulidad absoluta de los negocios jurídicos (arts. 1741 y 1742 C. Civil) se caracteriza por:

- Debe ser declarada judicialmente, de oficio o a petición de parte.
- Puede alegarse por todo el que tenga interés en ello.
- Puede pedirse por el Ministerio Público.
- Puede sanearse por ratificación de las partes o por prescripción extraordinaria.
- No puede sanearse cuando tenga objeto o causa ilícitos.

B) La sanción para los pactos privados que derogan o modifican o sustituyan las normas procesales (art. 6 del C. de P.C.) se caracteriza por:

- La sanción que establece la ley es que se tendrán por no escritos los pactos que violen las normas procesales.
- Esta sanción no es una nulidad absoluta pues no puede anularse lo que no está escrito.
- “Tener por no escrito” un pacto significa que este debe ser eliminado o borrado para que no haga parte de la cláusula del Contrato.
- No hay inexistencia de este pacto porque no puede declararse inexistente lo que no está escrito.
- Tener por no escrito un pacto de esa naturaleza no requiere declaración judicial.

El pacto contenido en la cláusula compromisoria de la Oferta Mercantil, con respecto a que el laudo arbitral es definitivo e inapelable, debe “tenerse por no escrito” por contradecir la norma contenida en el artículo 6 del C. de P. Civil, en cuanto establece que el Laudo Arbitral es definitivo y no estará sujeto a recurso de apelación, con lo cual se pretende derogar y sustituir, mediante pacto privado, las normas que regulan la naturaleza del laudo arbitral y los recursos que autoriza la ley contra la decisión arbitral.

Cuando los particulares convienen que el laudo será definitivo e inapelable, esta estipulación tiene el efecto de contradecir las normas procesales que regulan el recurso de anulación, de acuerdo con los artículos 37 y 38 del Decreto 2279 de 1989, reproducidos en los artículos 161 y 163 del Decreto 1818 de 1998. Aunque el recurso de anulación es extraordinario y no constituye una segunda instancia como ocurre en los procesos en los que se autoriza el recurso de apelación contra sentencias, debe entenderse que el convenio que tiene por finalidad declarar que el laudo será definitivo, implica que este no tendrá recurso alguno. En esta forma, las partes trataron de derogar y de sustituir la regulación legal sobre los recursos que las partes tienen derecho a interponer contra el laudo, mediante convenios que se refieren a materias que son de la exclusiva competencia del legislador y que no pueden contradecir ni violar las normas procesales que son de orden público y de obligatorio cumplimiento.

No constituye un elemento esencial de la cláusula compromisoria que en esta se haga referencia al carácter definitivo o provisional del laudo o si el laudo esta sujeto o no a determinados recursos, pues estos temas son exclusivos de la ley procesal, sobre los cuales no se pueden celebrar estipulaciones de ninguna clase. Su eliminación de la cláusula compromisoria no altera la esencia de esta ni sus efectos, que continúan siendo validos. Inclúyase o no en la cláusula compromisoria un pacto de esa clase, el resultado es el mismo. Si se incluye, la ley dispone que el pacto se tenga por no escrito, lo cual es equivalente a que el pacto no se hubiera incluido en la cláusula.

Aplicando la norma del artículo 6 del C. de P. C., tenemos como conclusión que la cláusula compromisoria del Contrato contenido en la Oferta Mercantil KCS 203, (Cláusula 39.6 Arbitramento) debe aplicarse sin tener en cuenta el pacto que dice: “el laudo será definitivo e inapelable”, el cual se considera que no está escrito en la cláusula compromisoria por mandato de dicha norma procesal.

A lo anterior debemos agregar la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: “Recuérdese que el procedimiento a seguir en un juicio civil se encuentra establecido por el ordenamiento procesal; y siendo las normas de esa especie de orden público, su imperatividad conduce que aquellas sean obligatorias para el juzgado y las partes, motivo por el cual no pueden estas modificar ni pretermitir sus tramites estructurales, ni siquiera de mutuo acuerdo, salvo autorización de la ley, según lo dispuesto en el artículo 6 del C. de P. Civil.” (C.S.J. “Sentencia 21 de mayo de 2008).

En conclusión, la cláusula compromisoria reúne los requisitos establecidos en la ley. Las partes han sometido a la decisión del Tribunal de arbitramento las diferencias determinadas en la cláusula compromisoria; estas diferencias tienen un carácter patrimonial transigible; las partes contratantes son capaces de celebrar el contrato de transacción; las partes han indicado que el tipo de arbitraje es en derecho, y han determinado el número de árbitros que Integrarán el Tribunal. Estos elementos esenciales se cumplen en la cláusula compromisoria, dándole plena validez jurídica a esta”.

Por lo anterior las excepciones primera y segunda no están llamadas a prosperar.

COMPENSACIÓN

El apoderado de la convocada propone que se compensen las sumas que resulten a cargo de ASSENDA S.A. contra los perjuicios que EFICACIA S.A. le pueda haber ocasionado en virtud de la contrademanda o demanda de reconvención.

Pretende la convocada que su culpa e inejecución consecuente del contrato se neutralice con la imputación de responsabilidades que hace a la convocante en razón a endilgarle incumplimiento de obligaciones a ésta última que le impidieron a su vez cumplir la suya, y al final deduciéndole responsabilidades económicas que le pretende enrostrar para equilibrar las cargas económicas resultantes de los perjuicios recíprocos que pretende alegar derivados de la conducta que imputa a la convocante.

En este aspecto, es importante resaltar que ya el Tribunal se pronunció al resolver las peticiones de la demanda de reconvención y analizar los hechos en que fundamenta dicha demanda atinentes a la inejecución de las obligaciones que correspondían a EFICACIA para que ellos pudieran a su vez cumplir las suyas, determinando en ese momento el Tribunal que al no resultar probado el incumplimiento de EFICACIA, carecían de fundamento las pretensiones de la demanda de reconvención, y por ende no hay lugar a compensación económica alguna entre la pretensión indemnizatoria de la convocante y de la convocada.

Considera el Tribunal necesario aclarar que la petición de compensación fue circunscrita exclusivamente por la convocada a las sumas que eventualmente pudieran resultar a su favor de ser positivo el reconocimiento del Tribunal a las peticiones de la demanda de reconvención, y por ello a ello se circunscribirá el Tribunal en este laudo.

Para el Tribunal no se cumple el principio que establece el artículo 306 del C.P.C., por cuanto se alegó la compensación de manera exclusiva con lo que a la convocada le pudiera corresponder por concepto de la indemnización de la demanda de reconvención, sin que el juez pueda extenderla a otras situaciones no alegadas.

INEPTA DEMANDA POR ESTAR DIRIGIDA CONTRA PERSONA DISTINTA A LA OBLIGADA A RESPONDER

El apoderado de la convocada fundamenta esta excepción en que la oferta mercantil fue formulada por INTEGRAR, y no por ASSENDA S.A. quien ha sido la convocada al arbitramento. Dice que no es cierto que ASSENDA antes era INTEGRAR. Sostiene que no existe prueba de la cesión del contrato entre una y otra sociedad, y la oferta mercantil no permite la cesión sin autorización previa y escrita de la otra parte. Adicionalmente sostiene que algunas de las obligaciones que se endilgan a ASSENDA S.A. como incumplidas, son obligaciones propias de los subcontratistas, luego el litisconsorcio para proferir el laudo no está completo.

Al respecto el Tribunal considera lo siguiente: en los certificados de existencia y representación legal de INTEGRAR S.A. y ASSENDA S.A. consta que mediante escritura pública 4124 otorgada el 28 de noviembre de 2007 en la Notaría Catorce de Cali, se aprobó la escisión parcial del patrimonio social entre INTEGRAR S.A. como escidente y ASSENDA S.A. como beneficiaria. Y en la escritura 4124 citada consta en la cláusula tercera que se acordó “una fusión, en virtud de la cual ASSENDA S.A., antes FESA S.A. absorberá a la sociedad IBC COLOMBIA S.A. y una escisión para fusión por absorción en virtud de la cual ASSENDA S.A. antes FESA S.A. absorberá el patrimonio escindido de la sociedad INTEGRAR S.A., transacciones que han sido autorizadas por la Superintendencia de Sociedades...”. Y en la cláusula sexta se indica que “como consecuencia de la fusión tal como lo prevé el artículo 178 del Código de Comercio, a partir de la presente escritura pública, la sociedad absorbente ASSENDA S.A., antes FESA S.A., adquiere los bienes y derechos de la sociedad IBC COLOMBIA S.A. y los bienes y derechos que corresponden al patrimonio escindido de INTEGRAR S.A. y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo asumido en estas transacciones”.

En el acuerdo de escisión para fusión por absorción que aparece en la misma escritura se expresa lo siguiente “todos los actos y contratos de carácter estatal y privado en que sea parte INTEGRAR S.A., serán cedidos conforme a la ley y por virtud de esta transacción, en favor de la sociedad absorbente, y en consecuencia, esta última quedará como acreedora y deudora de las obligaciones y derechos derivados de tales actos y contratos, todo con sujeción a la legislación mercantil, en desarrollo de lo cual INTEGRAR S.A. podrá seguir ejecutando y

cumpliendo hasta su terminación, los actos y contratos en que la ley, las estipulaciones contractuales y/o razones de conveniencia así lo exijan.

En todo caso, INTEGRAR S.A. continuará siendo solidariamente responsable por las obligaciones que corresponda asumir por virtud de esta transacción a la sociedad incorporante”. Al observar el proyecto de escisión para fusión cortado a 30 de junio de 2007, se puede comprobar que del total del activo de INTEGRAR S.A. de 55.870 millones se trasladan a ASSENDA S.A. 50.143 millones y que los 5.727 de diferencia están representados en inventarios, deudores, maquinaria. La totalidad de las cuentas de orden correspondientes al activo se trasladaron a la sociedad fusionada. Y en relación con el pasivo que ascendía a 39.033 millones se traslado 37.148 millones permaneciendo en INTEGRAR S.A. escindida solamente cuentas por pagar a proveedores y obligaciones laborales. De lo anterior se colige que la totalidad de los contratos y obligaciones de la sociedad INTEGRAR fueron trasladados a ASSENDA S.A.

De otro lado la doctora MARIA CLARA MONTALVO en su testimonio rendido al Tribunal el 23 de septiembre de 2009, según consta en el acta No. 13, manifestó que “por medio de esta escritura pública (4124 de 28 de noviembre de 2007) se formalizó un acuerdo de reorganización empresarial en tres compañías controladas por CARVAJAL INTERNACIONAL S.A., que es el grupo Carvajal, habiendo dos acuerdos: un acuerdo de escisión de la compañía INTEGRAR S.A. para que el patrimonio fuera fusionado con FESA S.A. que hoy se llama ASSENDA S.A. y otro acto era el acuerdo de fusión entre la sociedad IBC COLOMBIA S.A. y FESA S.A., para ser absorbido por FESA S.A. que es hoy ASSENDA. Lo que estaba buscando pues digamos la organización con esta reestructuración era concentrar en lo que hoy es ASSENDA todos los servicios de tecnología y de informática que estaba prestando a través de diferentes compañías de la organización”. Agrega más adelante que “la compañía INTEGRAR se escindió parcialmente, una parte de su patrimonio se fue para ASSENDA por la fusión y ella permanece como una sociedad vigente, con un patrimonio y sus accionistas, con la parte de su patrimonio que no correspondía al negocio de tecnología que se trasladó a ASSENDA”.

El mismo apoderado de ASSENDA S.A. en el escrito que descurre el traslado de las excepciones propuestas por EFICACIA S.A. a la demanda de reconvención expresa lo siguiente: “ASSENDA tiene interés legítimo porque es la parte

convocada en este arbitramento y porque absorbió parcialmente a INTEGRAR en virtud de la escritura pública 4124 de 28 de noviembre de 2007, haciéndose cargo de parte de sus activos y pasivos. Así las cosas, ASSENDA quedó como parte acreedora de los derechos derivados de los contratos en curso que tenía INTEGRAR hasta su terminación, sin perjuicio de lo que dispongan las estipulaciones contractuales consignadas en los respectivos contratos”.

En consecuencia resulta claro para el Tribunal que ASSENDA S.A. adquirió de INTEGRAR los derechos y obligaciones derivados de la oferta mercantil en estudio. En cuanto a que no se dio una autorización escrita para la cesión por parte de la otra parte, léase EFICACIA, cabe recordar que por virtud de los procesos de fusión y escisión se da una transferencia universal del patrimonio, sin que se requieran autorizaciones especiales para la cesión de los contratos, salvo en tratándose de contratos estatales, que no es el caso. En el artículo 9 de la ley 222 de 1995 se indica que una vez inscrita en el registro mercantil la escritura de escisión opera entre las sociedades intervinientes la transferencia en bloque de activos y pasivos de la sociedad escidente a las beneficiarias, y desde ese mismo momento las sociedades beneficiarias asumen las obligaciones que le correspondan en el acuerdo de escisión y adquirirán los derechos y privilegios inherentes a la parte patrimonial que se les hubiere transferido.

Resulta claro para el Tribunal que la forma en que se desarrollo el contrato a partir del registro de la escritura 4124 citada no deja duda sobre la cesión, a partir de ese momento ASSENDA asume la relación comercial del contrato tanto es así que emitió las facturas y recibió los pagos respectivos, sin que volviera a aparecer INTEGRAR en ninguna de las etapas posteriores en este negocio.

La relación comercial surgió entre ASSENDA y EFICACIA y la firma DATA TECNOLOGIA (ADAM) era un subcontratista de ASSENDA, tal como lo reconoce el apoderado de la convocada. Los subcontratistas no son litisconsortes necesarios conforme al artículo 51 del Código de Procedimiento Civil por ser terceros ajenos al pacto arbitral. No forman parte de la relación jurídico sustancial y por lo tanto se puede fallar sin su integración al proceso.

En consecuencia esta excepción no está llamada a prosperar.

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Esta excepción de construcción romanística y que ha conservado su vigencia a través del tiempo por su hondo sentido filosófico y dogmático de claras responsabilidades contractuales, establece que en los contratos bilaterales ninguna de las partes está en mora de cumplir lo pactado si la otra parte no lo ha cumplido o se allana a cumplirlo (artículo 1609 del C.C.).

La excepción así definida busca el equilibrio y la justicia, no solo desde el punto de vista sustantivo, sino procedimental, pues a través de ella, y por ser una excepción perentoria o definitiva trata la parte demandada de liberarse de una responsabilidad que no se puede imputar si la otra parte no ha cumplido su misión contractual de agotar las prestaciones que a ella correspondían.

La excepción como lo ve el Tribunal, no puede equiparar o igualar en un mismo plano las obligaciones de las partes, pues de un contrato se pueden derivar múltiples obligaciones, que en su conjunto pueden converger o no a que la prestación a que se obliga el deudor de ella tenga efectivo cumplimiento para que se satisfagan los fines y objetivos de la relación contractual. En este orden, como lo analizamos en el aparte de este fallo referente al análisis que se hizo del Cumplimiento de las Obligaciones Contractuales de las Partes, y teniendo como punto de partida la estructura obligacional relatada en la oferta mercantil y en las pruebas testimoniales, documentales y técnica practicadas en el proceso quedó claro que el actor principal de ejecución de la prestación era a cargo de Assenda como se deduce de la lectura de la oferta, que también definimos en este laudo como de resultado, con la implicación de orden probatorio que a cargo de la parte que debía cumplirla resulta de tal definición.

Para el Tribunal, en el análisis realizado para dirimir la confrontación litigiosa de las partes, le ha quedado claro, que las obligaciones a cargo de ASSENDA resultantes de la consultoría y labores a ejecutar para lograr el funcionamiento del sistema integrado de información requería principalmente del conocimiento de la metodología ofrecida y las labores a ejecutar por ella, constituyéndose en la base fundamental para suplir las necesidades que requería Eficacia y que Assenda en la etapa precontractual y contractual ofreció, expresando además como lo analizamos en el aparte citado de este laudo, tener el conocimiento funcional y los requerimientos de Eficacia.

Pretende la parte convocada, que el hecho resultante del contrato para Eficacia de aprobar unos planes de trabajo, un cronograma y unos paquetes de trabajo, lo vincularan al resultado de la asesoría, consultoría, implementación de los aplicativos y suministros de equipos a cargo de ASSENDA, hechos que como enunciados contractuales no desconoce el Tribunal, pero sin aceptar que se constituían en obligaciones esenciales y de resultado como las de ASSENDA.

Es indudable que Eficacia suministró o debía suministrar las instalaciones, que fueron además inspeccionadas por ASSENDA en la etapa precontractual, que debía suministrar personal, información documental y otros medios, pero como bien lo dice la oferta mercantil, dentro del campo de sus propias responsabilidades, frase que tenía un alcance claro para no confundir la obligación propia de ASSENDA de llegar al resultado requerido por Eficacia, con la colaboración de ésta, que no era ajeno al contrato, y esto lo sabía y conocía plenamente ASSENDA.

Para el Tribunal la recurrente imputación que en su defensa hace la convocada del incumplimiento de obligaciones a cargo de Eficacia, no tiene la trascendencia que le quieren dar para exonerarse de un incumplimiento que ella misma ha reconocido a lo largo del proceso arbitral y consta en las pruebas, pero que desconoce, dándole a dichos incumplimientos la misma categoría del de la convocada, atribuyéndoles un alcance que en ningún momento pudo tener la connotación de ser necesario o sine quanon ASSENDA hubiera cumplido.

La prueba pericial técnica y los comités directivos, que se analizaron en la parte del laudo relativos al Cumplimiento de las Obligaciones de las partes, sirven de fundamento a la decisión de no encontrar probados los elementos necesarios para que se configure la excepción propuesta, y en este sentido habrá de negarse.

CARENCIA DE DERECHO Y CARENCIA DE ACCIÓN

El apoderado de la convocada sostiene que las obligaciones que son del resorte exclusivo de ASSENDA han sido cumplidas, y están siendo cumplidas según modificaciones e instrucciones de EFICACIA y que esta última no permite el cumplimiento de las obligaciones que voluntariamente y de buena fe desea seguir

cumpliendo ASSENDA. También señala que ASSENDA ha solicitado para cumplir con el suministro de la póliza un Otrosí al contrato frente a lo cual EFICACIA ha guardado silencio. También manifestó que ASSENDA no se ha negado a proveer los servicios requeridos ni a rehacer aquellos que ha solicitado EFICACIA. Igualmente señala que las obligaciones de plazo han sido cumplidas dentro del mismo por ASSENDA en virtud de que las partes prorrogaron sistemáticamente dichos plazos por actas o acuerdos. Y finalmente el plazo de la cláusula 7.1 del contrato no se cumplió pero con la aceptación expresa de ambas partes y ha habido prorrogas por razón del incumplimiento de ASSENDA S.A.

En Derecho y como este es un laudo en Derecho, el incumplimiento de una obligación contractual permite al acreedor de la obligación el ejercicio de diferentes acciones determinadas en la propia ley, entre ellas, las ejercidas por la convocante en la demanda y sus pretensiones, invocando obviamente las causales pertinentes para el ejercicio de sus derechos y probando aquellos aspectos cuya carga probatoria le señala la ley. En este proceso, y con fundamento en los análisis hechos en él, como por ejemplo al analizar la excepción de contrato no cumplido, el Tribunal encontró demostrado, el incumplimiento de las obligaciones contractuales de Assenda al no entregar en las condiciones requeridas por Eficacia el sistema integrado de información compuesto por todos los módulos o aplicaciones que aparecen descritas en el objeto de la oferta mercantil del 1 de febrero de 2006, incumplimiento que ha ocurrido en varios aspectos tales como la inoperancia de los sistemas en los momentos en que se requerían para el servicio de EFICACIA, la no entrega de los cinco módulos que la propia convocada acepta y reconoce, y lo determinan además los testigos y el perito técnico, todos ellos necesarios para el funcionamiento del sistema integral ofrecido, pues ni ASSENDA ofreció módulos independientes ni Eficacia los pidió independientes, pues esta última requería un sistema integrado para el manejo de la información.

En cuanto al argumento del plazo contractual, no se ha discutido por la convocante, ni ha sido materia del debate tal hecho jurídico, pues lo cierto es que a lo largo del tiempo de la relación contractual y hasta que Eficacia tomó la decisión de iniciar el proceso arbitral, las obligaciones a cargo de ASSENDA, en razón a que el sistema integral de información no estaba funcionando, no las había cumplido en su integridad, y solo funcionaban algunos aplicativos, que cuando entraron en operación ya habían irrogado suficientes perjuicios a

EFICACIA, todo esto como ha quedado demostrado con las pruebas testimoniales y de los peritos técnicos en el proceso.

La posición asumida por la convocada al pretender que tenga efecto la petición que formuló a la convocante, en la cual además confiesa el incumplimiento, al expresar que ASSENDA “no se ha negado a rehacer aquellos servicios que a juicio de EFICACIA han quedado mal ejecutados, o a corregir los productos entregables o no o a no entregar los productos en los plazos fijados por EFICACIA o por el interventor”, ella “tiene la voluntad, la preparación y la capacidad técnica; además del firme deseo y disposición para cumplir en los plazos que sean necesarias, todas las obligaciones de medios o de resultado que sean consecuencia de la ejecución del contrato”(contestación de la demanda num. 6). Si bien la posición de ASSENDA podía tener un sentido comercial, desde el punto de vista jurídico, quien tenía el derecho a hacer corregir o a recibir en cualquier tiempo las labores contractuales faltantes o imperfectas era el acreedor de la prestación; el deudor tenía el deber de hacer lo ofrecido ajustándose al contrato, pero ya para ese entonces no existía ánimo contractual en ASSENDA porque las obras superaban el costo y el plazo convenido, y solo le quedaba en ese momento el ejercicio de la acción incoada en este arbitramento.

El Tribunal en consonancia con lo expuesto, considera que la convocada ejerció un derecho legal, que además la llevaba a ejercitarlo a través de la acción que le permite la ley.

CARENCIA DE CAUSA

El apoderado de la convocada manifestó que ASSENDA no ha causado los perjuicios alegados por EFICACIA.

Sin profundizar en la filosofía de la causa de las obligaciones, es claro que la causa que origina este proceso está demostrada a lo largo del mismo, con la oferta mercantil formulada por la convocada a la convocante, y la inexecución de la misma en los términos ofrecidos, además de que como resultado de la responsabilidad contractual a cargo de la convocante y su conducta de incumplir lo ofrecido, quedó demostrado el nexo de causalidad entre el daño y la actuación del agente generador de este, con las consecuencias que se derivarán de los pronunciamientos que hará el Tribunal.

Para claridad del excepcionante ya el Tribunal se ha pronunciado sobre las imputaciones de responsabilidad formuladas a la convocante, sin que haya quedado demostrado en el trámite arbitral, la magnitud de su incumplimiento y su capacidad de enervar el cumplimiento que correspondía a la convocada.

En consecuencia esta excepción se negará.

FALTA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL PERJUICIO ALEGADO Y QUIEN LO CAUSÓ

La convocada alega que la pérdida de clientes se produjo por una decisión del mercado dentro de la libre competencia y no por culpa de ASSENDA.

Esta excepción, de forma general como ella se propone, de acuerdo a la técnica judicial, para el Tribunal quedó resuelta en el punto anterior, observando sin embargo el Tribunal que el excepcionante la circunscribe a uno de los hechos generadores de perjuicios para la convocante como es la pérdida de su clientela, hecho sobre el cual se pronuncia el Tribunal en este momento para indicar que la prueba recaudada para demostrar este perjuicio no lo satisfizo, no en razón a la investigación realizada por el perito, sino en la forma de determinación del cálculo del perjuicio económico pues el perito partió de supuestos subjetivos, sin dar mayores soportes al Tribunal que indiquen que en este tipo de casos la metodología usada por el perito tiene antecedentes que lo llevaran al convencimiento de calcular el plazo posible de un contrato y las condiciones pactadas entre las partes para la prestación del servicio, su terminación y las causales de terminación voluntarias o forzadas del mismo, para sostener que la causa de la fuga de los clientes fue originada por los hechos aducidos por la convocante. Recuérdese que el perjuicio debe ser cierto, preciso e irrefutable y no surgir de simples deducciones, de hechos posibles o contingentes.

De otra parte la propia convocante no aportó elementos probatorios o de juicio de valor que permitieran al Tribunal apartándose del concepto del perito, determinar bajo los principios de la identificación y justificación de perjuicios que permitan determinar su valor.

Esta excepción prospera en el aspecto concreto en que es pedida y se tendrá en cuenta en el fallo.

INEXISTENCIA DEL PERJUICIO ALEGADO

El apoderado de la convocante manifiesta que la pérdida de clientes es producto de la libre competencia, y no responsabilidad de ASSENDA.

Al respecto el Tribunal, en lo que a ella se concreta por la pérdida de clientes, se remite a lo expresado al resolver la excepción anterior, y por lo tanto prospera esta excepción.

INDEBIDA REPRESENTACIÓN DE LA PARTE CONVOCANTE

Esta excepción se fundamenta en el hecho en que EFICACIA no ha demostrado ser el representante de EXTRAS S.A., ESTRATEGIAS Y MERCADOS S.A. S.A., EFISA Y SAEXTRAS, personas jurídicas diferentes a EFICACIA. Alega que el laudo no es oponible a ellas porque no se integró el litisconsorcio por el lado activo.

Al respecto el Tribunal considera lo siguiente: El apoderado de la convocante en la demanda hace manifestación expresa que actúa a nombre de EFICACIA S.A. El apoderado de la convocante es claro en señalar que el incumplimiento que él alega causó unos perjuicios a EFICACIA S.A. y por tanto es a esta sociedad a la que deben resarcirse los perjuicios. Así aparece expresado en las diez pretensiones de la demanda.

Lo contratado por EFICACIA fue un sistema integrado de información que le permitiera cubrir todas las necesidades de los procesos del Grupo Corporativo EFICACIA que quedaron indicados en la oferta. La relación contractual inicial se establece entre EFICACIA y ASSENDA únicamente y el contrato en su desarrollo técnico, administrativo, financiero también es exclusivamente entre ambas compañías sin ingerencia de terceros.

Por lo tanto esta excepción no está llamada a prosperar.

CAPITULO XIX

LA DEMANDA DE RECONVENCION

Corresponde al Tribunal entrar al análisis y consideración de la demanda de reconvención propuesta por Assenda S.A. contra Eficacia S.A. no sin antes advertir que en relación con la aclaración previa formulada por el Apoderado de la parte actora en esta demanda de reconvención, el Tribunal entiende y respeta todos y cada uno de los medios legales de defensa que las partes consideren que deben utilizar en desarrollo a la protección de sus derechos.

En la demanda de reconvención, como ya se había indicado en la parte inicial de este laudo solicita se condene a Eficacia S.A. a pagar una suma de dinero, que inicialmente estima en \$1.797.217.077 por concepto de los daños y perjuicios que resulten probados por los incumplimientos de las obligaciones de Eficacia, según lo establecido en la Oferta Mercantil KCS 203 del 1 de febrero de 2006. Igualmente condenar a Eficacia a pagar los perjuicios morales hasta por mil salarios mínimos y los intereses de mora liquidados y causados por el no pago oportuno de las obligaciones a su cargo. Finalmente solicita declarar extinguidas o compensadas dichas obligaciones o las que resulten a cargo de ella por concepto de la demanda principal hasta por los montos que quepan y el pago de los honorarios de Abogados, costos del Tribunal y gastos del proceso.

En relación a los hechos en que se fundamenta la demanda de reconvención referidos en los antecedentes de este laudo, es necesario realizar algunas precisiones:

1.- Efectivamente Eficacia S.A. es una empresa del sector de servicios legalmente constituida con domicilio en Cali y con la representación legal que indica el certificado de Cámara de Comercio aportado como prueba al expediente, razón por la cual debemos declarar como probado el hecho primero de la contrademanda.

2.- La sociedad Eficacia S.A. invitó a Integrar S.A. a participar en un concurso de meritos para crear, instalar y poner en funcionamiento un sistema de información integrado según lo indicado en la oferta mercantil KCS 203 del 1 de febrero de

2006, quedando de esta manera probada la parte inicial del hecho tercero de la contrademanda. Más adelante analizaremos el segundo aspecto expresado en el hecho tercero y que hace relación al desconocimiento que afirma el proponente de la demanda de reconvención sobre los alcances de la propuesta.

3.- Integrar S.A. aceptó la invitación e inició el proceso de negociación que finalmente concluyó con el acuerdo entre ambas partes; de esta manera queda aclarado y definido lo que se expresa en los hechos cuarto y quinto de la demanda de reconvención. El Tribunal en la parte inicial del Laudo manifestó expresamente al referirse al contrato que éste se perfeccionó con la aceptación que de la oferta mercantil hizo la sociedad Integrar S.A.

4.- El Tribunal al referirse al tema de la cláusula compromisoria y las acciones contenidas en la demanda en el Acta No. 7 del 11 de agosto de 2009, mediante Auto No. 11, determinó plenamente que ambas partes convocante y convocada conocían que existió la oferta mercantil y que Eficacia S.A. aceptó dicha invitación como destinatario de la propuesta; este aspecto ha sido ampliamente analizado a lo largo de este mismo laudo, razón por la cual la afirmación que se hace en el hecho quinto de la contrademanda de que no hay constancia que Eficacia hubiere aceptado la oferta no puede darse como probado.

5.- En la oferta mercantil, tantas veces indicada, quedaron establecidas las obligaciones a cargo de cada una de las partes intervinientes tanto de Eficacia como de ASSEDA. El Tribunal observa que en el hecho sexto de la Demanda de Reconvención no se transcribieron de manera completa las obligaciones que surgían a cargo de cada una de las partes intervinientes en lo que hemos denominado el contrato de informática. En el acápite de ejecución del contrato al analizar la demanda principal se hizo un pormenorizado análisis de estos temas y quedó claramente definido lo relacionado con los compromisos contractuales y de manera especial lo referente a la parte probatoria de los incumplimientos a cargo de cada uno de ellos. De tal manera que para el adecuado entendimiento del hecho sexto de la demanda de reconvención nos debemos remitir al análisis anteriormente indicado, en el cual el Tribunal encontró, que EFICACIA no influyó de manera relevante y contundente con las conductas que se le imputan al incumplimiento del contrato, pues ASSEDA, además de referir algunas ausencias de funcionarios de EFICACIA de manera temporal en las actividades que debía cumplir, no probó como debía hacerlo, que dichas conductas le

imposibilitaron cumplir con sus obligaciones de instalar en el tiempo los módulos que se obligó a desarrollar. De otra parte, quedó probado que el plan de pruebas a cargo de EFICACIA, se hizo, con resultados poco satisfactorios, como quedó demostrado con el experticio técnico. EFICACIA sí participó en la fase inicial de definiciones, de la cual surgió la planeación del proyecto y el cronograma, quedando además definidos los mecanismos para el trámite de control de cambios que previó la misma oferta y que las partes tramitaron de consuno definiendo inclusive los costos que asumiría EFICACIA o ASSENDA, según el caso, y así consta en las actas del comité directivo. De otra parte, a lo largo del proceso, no existe reclamo alguno por mora de EFICACIA en el pago de la contraprestación dineraria por los servicios recibidos distintos del caso de la factura que fue el único motivo de discusión entre los propios representantes legales de cada una de las partes en el proceso, quienes con sendas comunicaciones cruzadas entre ellos dejaron aclarado el motivo del incumplimiento, el cual no pudo afectar el desarrollo normal de la oferta, como lo aclaró en su interrogatorio de parte la gerente de Eficacia. Así mismo, no hay constancia en el proceso de ningún cobro distinto a los hechos en que se contrae esta demanda de reconvención.

6.- En la cláusula 25.3 de la oferta se convino que Eficacia se comprometía a responder por los daños y perjuicios que se ocasionaran a Integrar, lo cual está en armonía con lo expresado en el hecho séptimo de la contrademanda.

7.- En cuanto hace relación a lo manifestado a los hechos octavo y noveno nos remitimos a las consideraciones que hace el Tribunal al definir la excepción denominada Ausencia de Prueba del Pretendido Incumplimiento de Eficacia. En ese aparte del Laudo se concluye que en la demanda de reconvención no se probaron plenamente los hechos de los incumplimientos y más concretamente la repercusión que dichas actuaciones tuvieron sobre el contrato, no se logró probar si ellas fueron o no determinantes y en qué medida afectaron el desarrollo del contrato.

Tampoco fue posible encontrar prueba completa y contundente que demostrara el monto del valor de los perjuicios atribuidos a Eficacia a favor de Assenda S.A. Revisados las actas del Comité Directivo, si bien, entre los participantes de este, en los que habían delegados de todas las partes comprometidas en la oferta, la verdad es que a diferencia de las imputaciones que a los atrasos e

incumplimientos de ASSENDA hacen los representantes de Eficacia, las mismas imputaciones que formulan los participantes de ASSENDA no tienen la contundencia ni el alcance de las primeras, además de que corresponden a tareas a cargo de Eficacia que a pesar de implicar demoras en algunas actividades de ella, no corresponden a tareas relevantes para la ejecución debida del objeto de la oferta, y todas se remedian en el tiempo de ejecución de la oferta, sin implicaciones en la funcionalidad de las aplicaciones o módulos del sistema integrado que se obligó a instalar y poner en funcionamiento ASSENDA, como lo advierte el perito técnico ingeniero Vela en su experticio.

8.- Cuando se hizo el análisis de las excepciones de mérito propuestas por Assenda S.A. y específicamente la de inepta demanda por estar dirigida contra persona distinta a la obligada a responder, el Tribunal analizó muy detenidamente los alcances del proceso de escisión para fusión por absorción que aparecen en la escritura pública # 4124 del 28 de noviembre de 2007 de la Notaria Catorce de Cali y donde concluyó que Assenda S.A. mediante el proceso anteriormente mencionado, y de acuerdo a la regulación propia de él establecido en los artículos 3 y siguientes de la ley 222 de 1995, adquirió, con el registro de la escritura pública de escisión, los derechos y obligaciones que Integrar tenía en el contrato derivado de la oferta mercantil que da origen a este proceso, y prueba de ello es la ejecución de la misma. Igualmente entiende el Tribunal y así se desprende del conjunto de certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Cali de Assenda S.A. e Integrar S.A., hoy son sociedades independientes, cada una con personería jurídica propia y patrimonio independiente, haciendo la claridad que no cabe la menor duda desde el punto de vista jurídico que a partir del momento en que se perfeccionó la escisión, Assenda asumió con todas sus consecuencias la relación comercial del contrato celebrado con Eficacia S.A., tanto es así que esta sociedad continuó emitiendo las facturas y recibiendo los pagos respectivos sin que existiera ninguna oposición, reclamo, petición, demanda, o aclaración por parte de Integrar S.A. Este hecho fue materia de análisis y explicación de la testigo que presentó la parte convocada, doctora María Clara Montalvo.

9.- La totalidad de las pruebas pedidas en la demanda de reconvención referentes a declaraciones de terceros, declaraciones de partes, reconocimientos de firmas, oficios y documentos aportados han sido tenidos en cuenta en su valor probatorio para la decisión de esta contrademanda.

Es importante resaltar en este momento que la denominada equivalencia de condiciones, originada en la doctrina y la jurisprudencia francesa, ha sido muy discutida en su aplicación, sobre todo por el nexo de causalidad entre el daño y el perjuicio, a tal punto que hay actualmente uniformidad en que tal situación pudiera presentarse, cuando la culpa, en este proceso en particular del acreedor de la obligación del deudor, hubiese influido de manera relevante y permanente a través de la ejecución del contrato, para que no pudieran ejecutarse, todas y cada una de las labores propias del deudor de la prestación in totum, y no a través de episodios temporales como los que denuncia la convocada en su defensa, por la falta de algunos empleados, ejercicio del derecho contractual a solicitar modificaciones y otros hechos que no demostraron en el proceso la protuberancia de la conducta negativa de la convocante y en consecuencia la capacidad de enervar el deber principal de la convocada. En la oferta mercantil, es claro que las obligaciones a cumplir y necesarias para lograr el fin del contrato corrían a cargo de la convocante, quien era el dueño del saber, de los procedimientos, para programar y desarrollar todos y cada uno de los aplicativos que conformaban el sistema integrado, que como plataforma tecnológica requería EFICACIA y que en los términos de la oferta y de acuerdo a la asesoría de ASSENDA ésta ofreció instalar y poner en funcionamiento, amén de los equipos e instrumentos que sugirió para que en ella corriera la referida plataforma tecnológica que con, vehemencia, exactitud y precisión, ofreció ASSENDA a EFICACIA desde el análisis de la invitación a participar en la oferta y todos los pasos subsecuentes de la misma demostrados en los autos que culminaron con la suscripción de la oferta mercantil del 1 de febrero de 2006.

Conocida la demanda de reconvención por Eficacia S.A. en virtud del traslado que de la misma se hizo procedió a contestarla oponiéndose a las pretensiones y a algunos hechos en que se fundamentaban las mismas y proponiendo excepciones de mérito que procedemos a analizar en el capítulo siguiente.

CAPITULO XX

ANALISIS DE LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS O DE FONDO **PROPUESTAS POR EFICACIA S.A. A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

El apoderado de EFICACIA sustenta esta excepción en que el apoderado de ASSENDA solicita que se condene a EFICACIA a favor tanto de ASSENDA como de INTEGRAR, siendo improcedente la petición a favor de esta última. Además expresa que el apoderado de ASSENDA solicita que una de dichas condenas se haga a favor de los accionistas, administradores y directores. Adicionalmente expresa que INTEGRAR S.A. cedió su posición contractual a ASSENDA S.A. y que por tanto la primera a partir de finales del 2007 dejó de ser parte en el contrato.

El Tribunal considera que quien está legitimado en el contrato para hacer las pretendidas reclamaciones es ASSENDA, que es la sociedad que recibió todos los activos y pasivos que conformaban los negocios de INTEGRAR. El Tribunal llama la atención al hecho que el apoderado de ASSENDA solo tiene poder para actuar en su representación y no tiene vocería para representar a Integrar S.A., ni a los accionistas, administradores y directores de ASSENDA o INTEGRAR. El poder que aparece acompañando a la contestación de la demanda es de ASSENDA S.A. Por lo tanto en virtud de lo expresado, las peticiones formuladas deben circunscribirse exclusivamente a ASSENDA S.A.

Las peticiones que aparecen en los literales a y c de la demanda de reconvencción deben ser analizadas única y exclusivamente con relación a ASSENDA S.A. y la pretensión b, no puede ser considerada por el Tribunal por referirse a accionistas, administradores y directores, de quienes el apoderado no tiene representación personal alguna, ni fueron parte en el proceso.

El Tribunal ha sido reiterativo en afirmar que en virtud del contrato de escisión celebrado en noviembre de 2007 la sociedad Integrar S.A. le cedió a Assenda S.A. todos los derechos y obligaciones derivadas de la oferta mercantil KCS 203 del 1° de febrero de 2006 y que la sociedad Integrar S.A. dejó de tener interés jurídico en esta relación comercial desde noviembre de 2007.

Por lo tanto esta excepción está llamada a prosperar.

AUSENCIA DE PRUEBA DEL PRETENDIDO INCUMPLIMIENTO DE EFICACIA

El apoderado de EFICACIA sustenta esta excepción en que su representada no ha incumplido las obligaciones derivadas de la oferta mercantil y por tanto los accionistas, administradores y directores de ASSENDA S.A. no han sufrido perjuicio alguno. Precisa que la demanda en reconvención no detalla los supuestos incumplimientos de EFICACIA ni aporta las pruebas correspondientes.

En la demanda de reconvención el apoderado de ASSENDA enuncia algunas de las obligaciones adquiridas por EFICACIA, pero no precisa cuáles de ellas fueron incumplidas, en qué medida y cómo afectaron el desarrollo del contrato. De manera general en el hecho 8 de la demanda de reconvención afirma que EFICACIA no cumplió con las obligaciones a su cargo, como se demostrará en el proceso y como consta en las actas 001, 003, 004, 005, 012, 044, y 045 del comité directivo, anexo 6 de la oferta y acta 009 del comité técnico al igual que en las actas de la interventoría 15 y 29 de junio de 2006.

En el acta 001 del comité técnico directivo, la única mención que encontró el Tribunal sobre los incumplimientos aducidos es que cinco funcionarias de Eficacia, al principio de la ejecución de la oferta, estaban siendo absorbidas por la operación diaria de la compañía y que es necesario encontrar una solución. En el acta 003 se afirma que dos funcionarias de Eficacia han sido asignadas a otras tareas y que eso podría perjudicar la operación. En el acta 005 se solicita una reasignación de recursos de personal para que puedan tener más dedicación al proyecto. En el acta 012 se menciona que está pendiente el plan de salida en vivo y de capacitación y se recomienda a Eficacia revisar la dedicación de sus representantes al proyecto. En el acta 044 se indica que hay una funcionaria de Eficacia que tiene una tarea pendiente desde hace varios meses y que Integrar esta a la espera de que Eficacia solucione y valide un aspecto con Oracle, y que esta demora está afectando el licenciamiento porque Integrar no puede facturar, y esto puede repercutir en la devolución del licenciamiento de Oracle. En el acta 045 se observa una discusión acerca de la asunción de los costos adicionales generados por el licenciamiento de Oracle. El acta 009 del comité técnico reseña alguna serie de compromisos adquiridos por las partes para la construcción y

parametrización de la nómina. En el acta de interventoría 007 del 15 de junio de 2006 al relacionar los pendientes se indica que no se ha cumplido por parte de Eficacia con la validación de algunos pendientes que quedaron en la estructura de talento humano consignado en el documento de entendimiento y que no se ha acordado el tiempo para finalizar los desarrollos de facturación, además de que se afirma que hay algunas demoras en el proyecto frente a Adam porque los recursos se han destinado a otras actividades distintas y se señala que la no participación del director financiero puede ocasionar atrasos en el cronograma en el tema de costos. Igualmente se indica que se presentó un cambio en el alcance del proyecto por la participación en un negocio de comercialización con Colgate Palmolive que implicaría generar 40.000 facturas. Y en el acta de interventoría 008 del 29 de junio de 2006 se revisaron los compromisos pendientes por parte de ASSENDA y se afirma que continua la desconfianza entre los líderes del frente Adam con respecto a los temas de talento humano y facturación por la incertidumbre que este no cubra con los requerimientos de Eficacia.

Del análisis de estas actas el Tribunal colige que efectivamente se presentaron algunas dificultades por la falta de dedicación de los recursos humanos de Eficacia S.A. para el desarrollo del contrato, pero las afirmaciones contenidas en las actas son de una generalidad que no permiten establecer claramente la responsabilidad de Eficacia, y esta circunstancia se corrobora en un documento elaborado por Price Waterhouse Coopers denominado Informe de Hallazgos Proyecto de Implantación al Sistema Integrado Eficacia que aparece en el cuaderno 3 folios 79 y siguientes, documento en el cual concretamente en relación con el tema de gestión del tiempo afirma que en los casos en que pudiera existir alguna imputabilidad a Eficacia que no se logró especificar el presunto impacto de esa falta de dedicación.

Esta excepción necesariamente está ligada a la carga probatoria que el artículo 177 del C.P.C. impone a las partes. En este orden, ASSENDA en su demanda de reconvencción, debe probar el incumplimiento por medios idóneos conducentes de la prueba pertinente para demostrar dicho incumplimiento y particularmente siguiendo la oferta mercantil del 1 de febrero de 2006 a las obligaciones que según ese documento le correspondían a EFICACIA.

Los hechos endilgados como incumplimiento se propone probarlos con el medio testimonial y al efecto, varios de los testigos, que reseñan en sus condiciones de

ley o que eran trabajadores de ASSENDA o de los subcontratistas que esta última contrató para labores de la oferta, quienes sin las precisiones de un testigo, manifiestan, todos en un sentido casi igual que EFICACIA no designó el personal necesario para sus quehaceres contractuales, o que algunos atendían la operación propia de EFICACIA, pero sin precisar de manera concreta tiempos de ausencia, áreas de no atención, etc., llegan a la misma posición del concepto de Price Waterhouse Coopers en el sentido de no demostrarse el impacto, tal como arriba se indicó.

De otra parte, narran los testigos, que EFICACIA no estaba preparada o no entendía su propio proyecto y que por ello se produjeron muchos controles de cambio a los RFP que constituían la base del trabajo de EFICACIA. Analizada la prueba testimonial, documental y el peritazgo técnico en sistemas, los fines de la oferta, lo que ofreció ASSENDA y la etapa de negociación, el Tribunal encuentra: que el control de cambios si bien era una facultad de la que podía usar EFICACIA no era discrecional, pues en el anexo pertinente del contrato se preveía el proceso a seguir para los controles de cambios, teniendo la capacidad ASSENDA de aceptarlo o no pues era quien tenía la capacidad tecnológica para ello, razón por la cual la prueba de ese incumplimiento no fue concreta, ni midió en cada una de los módulos o aplicaciones el efecto de la conducta imputada a EFICACIA. De otra parte, la generalidad de las imputaciones por la no presencia de funcionarios de EFICACIA en el proceso, tampoco es concluyente ni determinante del efecto perturbador grave en el cumplimiento de las labores de ASSENDA, como tampoco lo es el del número de trabajadores que alegan se ausentaban o no estaban disponibles en su momento determinado, y aún más, tampoco eran precisas y contundentes las reclamaciones que en este aspecto se hacían en los diferentes comités que se crearon para el seguimiento del contrato, tal como arriba se señaló. Tampoco se probó ni en su aspecto práctico ni conceptual el hecho que recurrentemente adujo ASSENDA de que la diferencia entre el número de empleados involucrados en el sistema integral en sus diferentes aspectos de liquidación de nómina, facturación, etc. eran muy diferentes a los que aparecieron en el curso de la ejecución del contrato, hecho en el cual los testigos no fueron todos determinantes en sus efectos, y por el contrario, el conocimiento que INTEGRAR manifestó tener de la empresa y las pruebas piloto efectuadas antes de la oferta, unida al hecho de que EFICACIA adquirió más de 25.000 licencias, demuestran que tal hecho no tuvo incidencia en el cumplimiento del contrato, y que las pruebas aducidas no demostraron lo contrario.

En resumen, la excepción prospera y por ser la base de la demanda de reconvencción, en el fallo de esta habrá de negarse las pretensiones de la misma.

AUSENCIA DE BUENA FE CONTRACTUAL DE PARTE DE ASSEENDA

El apoderado de EFICACIA sostiene que ASSEENDA no obró de buena fe en la ejecución del contrato, pues se obligó a entregar una solución integrada asumiendo una obligación de resultado, que a la postre incumplió. Y adicionalmente cuestiona la demanda de reconvencción.

Al respecto el Tribunal considera que no todo incumplimiento contractual es de mala fe, que no se probó en el curso del proceso que Assenda haya actuado con la intención de perjudicar a Eficacia, tal como lo dispone el artículo 769 del C.C. que indica que cuando la ley no establece la presunción de mala fe esta debe ser probada por quien la alega, lo cual esta corroborado por el artículo 835 del C.Co en donde se establece que la buena fe se presume.

El Tribunal considera de especial importancia para esta decisión, y no obstante el análisis que se hace en el cuerpo del laudo de la acuciosidad que emplearon las partes para estructurar la oferta final y sobre todo dejar claras las obligaciones de las partes y el modus operandi para cumplir la oferta, que ellas, hicieron una debida diligencia más allá de lo común, generándose en el entendimiento del Tribunal un claro sentido de buena fe en la identificación de la posición de cada una frente al objeto de la oferta y los mecanismos de solución a los riesgos propios, de tal manera que el incumplimiento se presentó por factores muy diferentes a una intencionalidad de obrar; así, se puede afirmar, que EFICACIA no iba a incumplir para quedar desprovisto de la herramienta necesaria para su empresa dada la importancia del sistema integrado, y de otra parte, ASSEENDA no iba intencionalmente a incumplir para adquirir unas responsabilidades que van más allá del propio incumplimiento, cuando además este se hace con dolo.

Por ende esta excepción no está llamada a prosperar.

Habiendo prosperado la totalidad de las excepciones propuestas en la parte resolutive del laudo se resolverá denegar las pretensiones de la demanda de reconvencción.

CAPITULO XXI

OBJECIONES A LOS DICTAMENES PERICIALES

DICTAMEN FINANCIERO

Surge del escrito de objeciones de la convocada a este dictamen como fundamento central al mismo que el perito se equivocó por haber aceptado una contabilidad que según su opinión no estaba regularmente llevada por registrar unas partidas inexactas que presenta diferencias y errores claramente identificados por el perito y haber aceptado cifras contenidas en la contabilidad de la empresa convocante, cuando había descartado otras por haber considerado que no estaban debidamente soportadas. Adicionalmente pretende demostrar el error realizando las siguientes afirmaciones: “1.- En la página 10 del peritaje contable se consignó “que el concepto de arrendamientos se efectúan la reclasificación de la partida que ellos registran como gastos financieros, estos corresponden a un contrato de arrendamiento con la firma”. 2.- Al dar respuesta al número 4 de la solicitud de complementación y aclaración a la sección contable del dictamen el perito reconoció que: “Eficacia contabilizó valores pagados por intereses del leasing financiero suscrito con la compañía Leasing de Occidente S.A. como arrendatarios operacionales, por ser este contrato un leasing financiero no operacional, **se reclasificó como lo mandan las normas contables y tributarias vigentes en Colombia, para esta clase de operaciones, o sea como gasto financiero, además para poder hacer comparativos los informes**”. (resalto). 3.- El propio dictamen reconoce que la contabilidad de la convocante no estaba ajustada a las normas contables y tributarias vigentes. En consecuencia, el dictamen debió abstenerse de utilizar esta contabilidad como fundamento de sus conclusiones”.

Al estudiar el Tribunal la objeción encontró los siguientes aspectos de orden jurídico y contable que lo llevan a desestimar la objeción formulada por las denominadas inconsistencias contables en las siguientes razones:

A juicio del Tribunal el artículo 57 del Código de Comercio regula de manera taxativa la práctica de ciertas conductas, que de cumplirse y afectar la forma de llevar los libros, conducen a que pierda su eficacia probatoria como lo establece el artículo 58 de la misma codificación. No ha denunciado el objetante ninguno de

los hechos prohibidos de que trata el artículo 57 a saber: "...1.- Alterar en los asientos el orden o la fecha de las operaciones a que éstos se refieren; 2.- Dejar espacios que faciliten intercalaciones o adiciones en el texto de los asientos o a continuación de los mismos; 3.- Hacer interlineaciones, raspaduras o correcciones en los asientos. Cualquier error u omisión se salvará con un nuevo asiento en la fecha en que se advierte; 4.- Borrar o tachar en todo o en parte los asientos, y 5; Arrancar hojas, alterar el orden de las mismas o mutilar los libros.". Lo que toma en cuenta el objetante son factores de apreciación para registrar en una cuenta, una operación de arrendamiento, cuando él la califica en otro sentido, inclusive hablar de partidas inexactas, hechos que no se contemplan en la lista de actos prohibidos por el artículo 57. Ninguna contabilidad está exenta de errores conceptuales, determinando la misma ley la forma de corregirlos. El perito contable ha dejado claramente explícito en su dictamen que los libros sobre los cuales practicó el dictamen se encuentran debidamente registrados en la Cámara de Comercio y cumplen con los requisitos de ley, entre ellos los que cita el convocante, quien a su vez omite referirse al artículo 57 que es la base para tacharlos, pero como ya vimos, su objeción no tiene fundamento en ellos sino en una apreciación conceptual de los registros a que alude en su memorial de objeciones. En este orden, el Tribunal encuentra que los libros se ajustan a las normas contenidas en el capítulo primero del título cuarto del Código de Comercio, y en particular del capítulo tercero del mismo libro cuyo artículo 68 prescribe que "los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente" y el artículo 70 que nos determina cómo se dirimen las diferencias entre comerciantes por el valor probatorio de sus libros. Es importante resaltar los informes de la revisoría fiscal de fechas febrero 20 de 2008, febrero 14 de 2007 y febrero 26 de 2009, en los cuales consta que "la contabilidad de la compañía se llevó de conformidad con las normas legales y la técnica contable; las operaciones registradas en los libros y los actos de los administradores se ajustaron a los estatutos, a las decisiones de la asamblea de accionistas y de la junta directiva; la correspondencia, los comprobantes de las cuentas, y los libros de actas y de registro de accionistas se llevaron y conservaron debidamente; se observaron medidas adecuadas de control interno y de conservación y custodia de la compañía...". De otra parte, revisadas las normas sobre registros y libros contenidos en los artículos 123 y siguientes del decreto 2649 de 1993, el contenido de las mismas, para nada regulan los hechos materia de objeción, por la sencilla razón de que estos son eminentemente subjetivos, y siguen teniendo

toda entidad jurídica las normas contenidas en el Código de Comercio para la validez y eficacia probatoria entre comerciantes de sus libros y registros contables.

Teniendo en cuenta el aspecto jurídico analizado y los conceptos jurisprudenciales que posteriormente analizaremos, no se configura del escrito de objeciones, hechos que tipifiquen la objeción, por cuanto el perito examinó y respondió las preguntas materia del dictamen.

No obstante no reconocer el Tribunal la objeción, en el estudio del dictamen y sus fundamentos, y dentro de las facultades del juzgador, se hará la valoración de la prueba en los términos que regulan nuestro régimen probatorio.

DICTAMEN TÉCNICO

La objeción presentada por la convocada la fundamenta en los siguientes aspectos: 1.- En dar por establecido que el contrato era a precio fijo cuando en realidad era a precio variable. 2.- En que dado que el proyecto no tenía métricas mal podía concluir el perito que no fue exitoso. 3.- El perito violó el principio de contradicción. 4.- El perito estableció diferencias al momento de valorar ciertas actas. 5.- El perito dio un trato diferente al momento de examinar el avance del proyecto. 6.- En materia de tareas pendientes, el perito quebrantó el principio de contradicción. 7.- El dictamen es contraevidente. 8.- En materia de calidad de datos el perito quebrantó el principio de dictum de omni. 9.- El perito se contradice en su conclusión respecto de la garantía de operación por las máquinas no vendidas por Integrar.

Quiso el Tribunal al enunciar de manera individual cada una de las objeciones al dictamen dejar de manera precisa en este laudo los argumentos del objetante frente a cada punto materia del dictamen y tener, de manera más comprensiva el análisis que debe hacer frente a lo que constituye la objeción a un dictamen y las causas que lo sustentan, pues como lo tiene sentado nuestra jurisprudencia nacional, las objeciones no pueden tener sustento en conceptos y subjetividades resultantes de la manera como el objetante analiza el dictamen. Para el Tribunal la objeción no permite análisis distintos a la objetividad que emerge de la objeción misma, la cual por la connotación que implica la objeción debe llevar fácilmente a criterio del juez, no que el perito se equivocó conceptualmente, sino que el

dictamen ha desconocido diametralmente el objeto del mismo y el análisis metodológico para llegar a sus conclusiones, las cuales necesariamente serán erradas por partir del hecho de análisis errado, el cual no es materia del dictamen.

El Tribunal, en cada uno de los puntos de objeción encuentra similitud, pues en todos es común el disenso del objetante con las conclusiones del perito, pero de ninguna manera en su escrito de objeción ha dejado claro para el Tribunal que la objeción reúna los requisitos que jurisprudencialmente se tiene aceptados para configurarla. En efecto, el perito responde de manera puntual las preguntas a que se concretó la petición de la prueba por ambas partes, denuncia las fuentes de donde tomó la información para la respuesta, y toma elementos del haz probatorio como los relatos de los diferentes comités, la oferta y los documentos precedentes de esta, todos ellos relacionados directamente con la cuestión materia del dictamen. En aras de corroborar los hechos del objetante se ha efectuado un análisis de las pruebas que cita como fundamento de su objeción, sin encontrar el Tribunal la causalidad necesaria para configurar el error base de la objeción, pues no se evidencia distanciamiento entre lo analizado por el perito y lo requerido por las partes. Quizá no concuerden las conclusiones con los conceptos de la objeción pero un dictamen, por la razón de ser de la prueba y su complementariedad técnica para el análisis del juzgador, no puede quedar al arbitrio de los conceptos particulares de las partes, pues además el fallador, no pierde la capacidad legal del análisis probatorio del peritazgo, incluidos los conceptos que del mismo puedan emerger.

El solo concepto de error grave nos lleva a colegir que más allá de los conceptos está la naturaleza y el objeto propio del dictamen, no así, la conceptualización particular que cada quien en el proceso se forme del dictamen. El derecho a objetar no nace de cualquier error, sino del grave, y menos de la particular interpretación que le den las partes. Para el Tribunal, sin perjuicio del análisis que hará de la prueba, el dictamen cumple con los requisitos que las mismas partes le dieron al formularle al perito las preguntas, se pronunció sobre ellas, y por lo tanto no es admisible la objeción.

Finalmente y como aspecto fundamental que corrobora la opinión que se ha formado el Tribunal para desestimar las objeciones realizadas a los dos peritazgos, se transcribe un importante laudo arbitral que de manera específica se pronuncia **SOBRE LA OBJECION POR ERROR GRAVE A UN DICTAMEN:**

“Conforme lo dispone el numeral 6 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, corresponde decidir en este laudo, como cuestión previa, la objeción por error grave formulada por las aseguradoras contra el dictamen pericial rendido en torno a cuestiones contables y monetarias por los expertos Drs. Ricardo Sala Gaitán y Santiago Madriñan de la Torre, y más concretamente en relación con las respuestas dadas por ellos a las preguntas 1ª y 1B del cuestionario principal y 7 del cuestionario de las aclaraciones y complementaciones, formuladas por las aseguradoras, y a las respuestas a las preguntas aclaratorias y complementarias números p-13, c2 y 5 formuladas por el banco.

La parte objetante sustenta el memorial de objeciones empezando por transcribir textualmente las respuestas de los peritos a las preguntas mencionadas para afirmar a continuación que si se comparan las respuestas a las preguntas de las aseguradoras con las respuestas a las preguntas del banco, se advierte sin dificultad que los peritos sostienen unas veces, que el hurto de los billetes causó una pérdida patrimonial al banco equivalente el valor facial de los mismos, y otras que el banco no sufrió pérdida patrimonial alguna por tal sustracción. De lo cual pasa a deducir que como lógica y conceptualmente *“es imposible que dos cosas sean y no sean al mismo tiempo”*, decir que hay pérdida pero que simultáneamente ésta no existe, o que no hay pérdida patrimonial pero sí hay pérdida contable, cuando los peritos concluyen afirmando cualquiera de estas dos cosas lo que indudablemente ocurre es que han incurrido en error grave que desnaturaliza en ese punto el dictamen. Agrega, en términos que el Tribunal no estima diáfanos, pero que intenta interpretar en forma que lo sean, que si el hurto de los billetes no emitidos no constituye una pérdida registrada por el banco en su contabilidad y que afecte su patrimonio, la consecuencia es que las aseguradoras nada deben por razón del seguro, pues éste era patrimonial y por lo tanto indemnizatorio. De otro lado, que si, por el contrario, la omisión de la pérdida en los resultados del banco no obedeció a que los billetes carecieran de valor, sino a que la pérdida de ellos se ocultó en la contabilidad sustituyéndola por el valor de la reclamación objetada por las aseguradoras en razón, precisamente, de que no existió pérdida alguna patrimonial para el banco, obviamente tampoco podía haber pérdida alguna que debieran reparar las aseguradoras por virtud del seguro contenido en la póliza global.

Finaliza el memorial de objeción con la solicitud de pruebas, que pidió se practicasen para demostrar el pretendido error grave, pruebas que consistieron

simplemente en que el banco suministrara copias de su manual de contabilidad y de la resolución interna No. 4 del 05 de Agosto de 1994, y la Imprenta Nacional ejemplares del Diario Oficial en que se publicó el Decreto 2520 de 14 de Diciembre de 1993.

Planteada la objeción por error grave en los términos que se dejan extractados, procede ahora el Tribunal a examinarla.

Quiere este Tribunal advertir, de manera principal, que en la parte introductiva del numeral 5 del artículo 238 de Código de Procedimiento Civil, relativo a la etapa de contradicción del dictamen pericial dentro del proceso de integración de esta prueba, se sienta de manera contundente el régimen formal a que debe sujetarse la formulación de una objeción por error grave contra un dictamen pericial. Conforme a esa regla *“En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo”*, o sea, por lo que respecta a lo primero, que es sobre lo que aquí se quiere llamar la atención, que es requisito de admisibilidad del acto de objeción por error que en el escrito o memorial en que se proponga aparezca precisado el error grave imputado a los peritos, vale decir, con determinación, exactitud y puntualidad rigurosas, lo que conduce a deducir que el error grave denunciado como base de la objeción tiene que ser identificado por el objetante sin dejar lugar a la menor duda. En este punto no hay manera de eludir los efectos rigurosos del principio dispositivo que gobierna el proceso civil, y por ello, si el error no está individualizado con la precisión indicada, no es posible que el fallador entre a investigar en qué parte del dictamen se encuentra situado el error simplemente afirmado por el objetante, para suplir de ese modo la falencia de la acusación.

Es lo que ocurre en el caso que se considera. Como bien puede verse en el contexto del memorial de objeciones, allí no se precisa en modo alguno cuál es el error grave concretamente cometido por los peritos, que los hubiera llevado a acoger conclusiones falsas o equivocadas y desquiciadoras de las pruebas (sic); cuál es el error grave que, adoptando la terminología del mismo artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, numeral 4 *“haya sido determinante de las conclusiones a que se hayan llegado los peritos”*. La exigencia de precisión en el señalamiento del error grave imputado a los peritos, no es un mero capricho intrascendente de la norma, sino imposición de otros principios procesales, como es el de la carga de la prueba de la objeción, por ejemplo, pues sin saber cuál es

el error cometido por los peritos, no se sabe tampoco qué es lo que el objetante tiene el deber de probar; y aún también el de la consonancia, pues el silencio sobre cuál es el yerro concreto coloca al juez en estado de perplejidad acerca de la cuestión sobre la cual ha de recaer su decisión.

En las anteriores circunstancias, salta a la vista que faltando, como evidentemente falta un presupuesto esencial para la admisibilidad de la objeción, es decir, de un requisito formal cuya omisión impide penetrar en el examen de la objeción misma, no hay manera de atender la pretensión incidental del objetante, que por lo tanto habrá de ser denegada.

Pero hay más todavía. Ocurre, en efecto, que luego de confrontar la parte objetante las respuestas dadas por los peritos a preguntas formuladas a ellos por la misma parte objetante, de una parte, con respuestas dadas por los peritos a preguntas formuladas por el banco, de otra, encuentra contradictorias entre sí esas respuestas, y es en esas presuntas contradicciones donde localiza los errores graves que le imputa a los peritos y en las que hace consistir la objeción, diciendo al efecto: *“..... evidentemente lo que a este respecto ocurre (alude a las contradicciones que viene de describir) es que los peritos en su dictamen han incurrido en error grave que desnaturaliza por completo esa parte de su dictamen”*.

Pues bien, a propósito de lo anterior cabe decir que allí surge otro defecto técnico de la objeción, porque los puntos que son susceptibles de impugnación por error grave de un dictamen son los que versan sobre las premisas que sirvieron a los peritos para adoptar sus conclusiones, no los que recaigan sobre la conclusión misma, salvo el caso previsto en la parte final del numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, o sea, cuando el error se origina en la conclusión misma, que se da cuando la conclusión pericial versa sobre un objeto distinto al examinado, caso que ciertamente no es el de que aquí se trata.

Contradicciones como las que señala el memorial de objeciones no sólo no son, de por sí, susceptibles de configurar una objeción por error grave, sino que, de existir, se trataría apenas de defectos congénitos del dictamen que se reflejarían sobre su virtualidad demostrativa al momento de hacer la valoración probatoria de aquél. Tanto más cuanto que, si las contradicciones imputadas surgen con ocasión de aclaraciones o complementaciones del dictamen, como aquí sucede,

éstas podrían ser tomadas como rectificación de los peritos a opinión anterior suya, con lo cual la contradicción desaparecería. Sobre este último punto existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que admite la posibilidad de que los peritos, válidamente, rectifiquen al contestar aclaraciones y complementaciones opinión emitida por ellos en el dictamen principal. (Gaceta Judicial, tomo L, pág. 494).

La Corte Suprema de Justicia, acogiendo a doctrinas anteriores suyas sobre el particular, en providencia de 8 de septiembre de 1993, publicada en Jurisprudencia y Doctrina No. 263, tomo XXII, pág. 1072, dijo a propósito del error grave como causal de impugnación de la prueba pericial, lo que a continuación se transcribe por ser pertinente a este caso:

“... como tantas veces lo ha reiterado la doctrina jurisprudencial ...si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ...(Gaceta Judicial tomo LII, pág. 306). Pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje ...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apareciendo equivocado el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven, de donde resalta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva...” (Gaceta Judicial, tomo LXXXV, pág. 604).

Aunque lo dicho es más que suficiente para desechar la objeción por error grave aquí concretamente examinada, el Tribunal desea abundar en razones para tomar tal determinación anotando, mirada la cuestión más a fondo:

a) Que el objetante ve contradicciones que en realidad no existen, porque al confrontar las respuestas respectivas no mira que ellas se refieren a circunstancias distintas, unas veces de tiempo, otras de concepto o causa de los registros contables contrapuestos, diferencias que naturalmente tienen que dar como resultado conclusiones distintas y aún opuestas, pero en modo alguno contradictorias. Ciertamente, cada respuesta debe ser calificada independientemente de las otras y de conformidad con las situaciones particulares a que cada una atiende. Miradas así, las supuestas contradicciones de los peritos desaparecen; y

b) Que la pérdida, daño o reparación reclamados por el banco en este proceso no dependen, en absoluto frente a las aseguradoras, de los registros que sucesivamente, cada vez al impulso de nuevos hechos y circunstancias, fue haciendo el banco en su contabilidad.

Por las razones anteriores, se negará la objeción por error grave de que aquí se trata.” (Hasta aquí el Laudo mencionado).

La transcripción corresponde a un aparte del laudo arbitral dictado el 22 de abril de 1997, dictado por Carlos Holguin Holguín, Cesar Gómez Estrada y Hugo Palacios Mejía, en el Arbitramento del Banco de la Republica vs. Compañía Suramericana S.A.

Por lo expuesto el Tribunal declara que no son de recibo las objeciones a los dictámenes financiero y técnico y los valorará de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

CAPITULO XXII

TACHA DE TESTIGOS

En el acta No. 12 del 18 de septiembre de 2009, el apoderado de la parte convocante manifestó que tachaba de sospechosos a los demás testigos que

están citados para rendir su testimonio en cuanto ellos fueron citados por ASSENDA S.A., toda vez que hubo reuniones previas de los testigos con el apoderado de ASSENDA S.A. y firmaron una carta en relación con su testimonio, el sentido y alcance del mismo. En el acta No. 13 tachó de sospechosos los testimonios de Edgar Mauricio Montealegre Franco, Oscar Alfonso Rodriguez Burgos, Juan Alejandro Gallo Duque, María Clara Montalvo de Forero. En el acta No. 16 del 13 de octubre de 2009, el apoderado de la convocante tacha de sospechoso a Oscar Dario Morales Rivera. En el acta No. 18 del 20 de octubre de 2009, el apoderado de la convocante tacha a Hugo Alejandro Sighnolfi Encinales, a José Micolta Cabrera, Raúl Dario Gómez Gómez, Edwin Jose Alvarez Jiménez, Andrés Felipe Fuentes Gensini y Admet Leocadio Londoño Vivas. El apoderado de la parte convocada manifestó que se oponía por cuanto de conformidad con el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil las condiciones que pueden dar origen a la tacha son parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes, y los testigos mencionados no están incurso en esas causales ni trabajan para ninguna de las partes.

El fundamento de las tachas tiene como origen unas comunicaciones que aparecen en los folios 51, 52 y 53 del cuaderno No. 2, dirigidas a ASSENDA S.A. en abril 29 de 2009, en las que los señores Carlos Enrique Rojas Contreras, Carlos Mauricio Ramírez Guarín y Fernando Ávila Lozano se dirigen a ASSENDA S.A. para manifestar que trabajaron en el proyecto KCS-203, que a pesar de haber puesto todas su experiencia profesional y la debida diligencia, este sufrió múltiples inconvenientes debido a la falta de claridad en las aspiraciones de EFICACIA S.A., falta de capacitación y dedicación de su propio personal, suministro de información no confiable, salida en vivo riesgosa sin paralelo suficiente, banco de datos deficiente, sistemáticas solicitudes de cambio y otras razones. Agregando que está listo a ampliar y precisar los hechos declarados en la comunicación. Es de advertir que las tres comunicaciones fueron elaboradas en papelería de ASSENDA S.A., que tienen el mismo tenor literal, por lo tanto el texto de las mismas no fue elaborado por cada uno de los testigos sino que ellos adhirieron a un texto que les formuló la sociedad demandada.

El Tribunal observa que los tres testigos anteriormente mencionados no fueron tachados de sospechosos por el apoderado de EFICACIA S.A. Sin embargo, su testimonio expone de manera clara que recibieron orientación en relación a su comportamiento frente a la recepción de su testimonio, razón por la cual el

Tribunal al hacer el análisis de la respectiva prueba los apreció cuidadosamente de acuerdo a las circunstancias de cada caso. De igual manera el Tribunal procedió en relación con el testimonio de DIANA CECILIA RIOS PEINADO quien expresamente manifestó “yo firmé una carta que nos solicitó ASSENDA que diéramos una declaración, me pasaron un modelo pero pues yo la ajusté a lo que yo creía que era conveniente que era mi deber colocar ahí en esa declaración y la firmé”, carta que no fue aportada al proceso.

En relación con los testigos tachados de sospechosos no aparece la prueba de que hayan firmado la aludida comunicación dirigida a ASSENDA S.A. y en el interrogatorio que les fue formulado manifiestan expresamente que no recibieron ningún tipo de orientación o coacción por parte de las empresas o sus apoderados, y en consecuencia la tacha no prospera.

Para el Tribunal, el procedimiento requerido sobre las cartas firmadas por testigos, no es un procedimiento sano ni leal en materia de igualdad procesal, sobre todo se aleja de los principios que orientan esta prueba que requiere testigos espontáneos libres de inducciones y sugerencias, o ayudas en la recordación de los hechos. Esta práctica, si bien la tacha no prospera por las razones indicadas, no es compartida por el Tribunal y por ello las menciones que a la parcialización presentaron los testigos en sus declaraciones.

CAPITULO XXIII

ACTUALIZACIÓN MONETARIA DE LAS CONDENAS

El convocante solicita en la petición NOVENA de su demanda que para efectos de mantener el principio de la reparación integral se ordene en el laudo la actualización monetaria de todas las condenas que se le impongan a la sociedad convocada.

En la petición TERCERA de la demanda principal se pide la condena por indemnización de perjuicios causados por la parte convocada. Y en la petición SÉPTIMA se solicita la condena de la cláusula penal prevista en el contrato.

El Tribunal en el laudo reconocerá a favor de EFICACIA S.A. el valor de los perjuicios derivados de los sobrecostos resultantes de la comparación entre lo

ejecutado y el presupuesto de costos acordado por las partes, y también ha considerado dar vía libre a la aplicación de la cláusula penal prevista en la oferta mercantil que da origen a este proceso.

El Tribunal avoca en primer lugar el tema de la posibilidad de aplicar la indexación a la cláusula penal y para ello apoya su decisión en pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que en los últimos años ha venido sosteniendo que las cláusulas penales no pueden reajustarse por depreciación monetaria. Así, lo expresó en sentencia de junio 23 de 2000, cuyo magistrado ponente fue Jose Fernando Ramírez, en ella señaló que la cláusula penal no admite el remedio judicial de la corrección monetaria para cuando ésta se ha envilecido por el transcurso de la mora o el fenómeno inflacionario, toda vez que las partes cuando en su contrato establecieron dicha sanción eran perfectamente concientes de los efectos económicos, en especial de la inflación, y de las eventuales moras que los deudores de las obligaciones pudieran tener frente al pago. En esta providencia se indica que debe primar el principio de la autonomía de la voluntad privada en la configuración de la cláusula penal, y por lo tanto si las partes no disponen expresamente un mecanismo de reajuste o valuación éste no se puede determinar judicialmente, así medie la petición del acreedor y mucho menos de oficio.

En cuanto a los sobre costos y que se concretan en la petición del convocante de indexarlos para actualizar los valores monetarios que se reconozcan en la parte resolutive del laudo, para reestablecer en el tiempo la pérdida de su valor por efectos del envilecimiento de la moneda por efectos inflacionarios, el Tribunal encuentra que de acuerdo con la doctrina moderna y la jurisprudencia vigente, ella es procedente, pues tal hecho no agrava el daño ni la situación del incumplido, pues lo que hace en términos económicos es, con la figura de la reparación integral que consagra el artículo 16 de la ley 446 de 1998, es mantener por la vía de la actualización económica, el valor del perjuicio o daño reconocido.

En recientes sentencias, una de 15 de enero de 2002, expediente No. 47001-31-03-003-2001-00433-1 y 130031030051995-112081 de 1 de septiembre de 2009, la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el tema, expresando “es por ello por lo que la Corte ha expresado, que el pago no será completo, especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando estos pagos con moneda desvalorizada o sea sin la consiguiente corrección monetaria, pues

en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto, como acertadamente lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, no solo nacional, sino foránea, la cual insiste en que si la obligación no es pagada oportunamente, se impone ajustarla para representar el valor adeudado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago, se subraya; cas. civ. de 30 de marzo de 1984, CLXXVI, pág. 136, sent. de 24 de abril de 1979-CLIX, pág. 107; de 15 de septiembre de 1983, CLXXII, pág. 198; de 19 de marzo de 1986, CLXXXIV, pág. 24; de 12 de agosto de 1988, CXCII, pág. 71 y de 24 de enero de 1990 CC pág. 220. De otra parte en la sentencia antes referida de 1 de septiembre de 2009, en la cual reconoció el fenómeno jurídico de la indexación como método justo, para actualizar a su justa proporción el pago de una obligación obsoleta en el tiempo, para fundamentar su aserto citó la sentencia de casación N° 133 de 21 de noviembre de 2007 en donde se hicieron las precisiones que pasan a destacarse:

“Con el propósito de aquilatar tales imputaciones, resulta oportuno recordar que el proceso inflacionario, común en las economías modernas, consistente en el alza sostenida del nivel general de los precios de los bienes y servicios de la comunidad, tiene como efecto inmediato la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que surge la imperiosa necesidad de reconocer la corrección monetaria de ciertas obligaciones afectadas por el referido fenómeno, en aras de atenuar sus evidentes secuelas nocivas, particularmente, la abrogación del contenido conmutativo de las prestaciones. Justamente, como de restablecer el equilibrio se trata, esta institución no se justifica per se, sino en cuanto se aplique -rigiendo el nominalismo- a remediar situaciones manifiestamente injustas e inequitativas. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, habida cuenta que en todos aquellos casos en los cuales ha inferido la necesidad de concederla `ha acudido (...), explícita o implícitamente, a fundamentar tal reconocimiento, en la equidad, entendida ésta, en acatamiento de lo previsto por el artículo 230 de la Constitución Política Colombiana , como un instrumento auxiliar de la interpretación judicial que permite ahondar en las normas jurídicas en búsqueda de la ‘justicia del caso en concreto’, de modo que, en esos eventos, la equidad ha sido la herramienta que le ha permitido a esta Corporación desentrañar el sentido de las distintas normas sustanciales, pero sin llegar a desdeñarlas pretextando aplicar sus propias apreciaciones (...). De ahí que, en las diversas hipótesis en las cuales ha tenido que condenar al pago de la corrección monetaria, la Corte , de la mano de la equidad, ha profundizado en el contenido de las normas que gobiernan algunos casos particulares, hasta advertir en ellos un sentido que, sin

quebrantar los principios que gobiernan el ordenamiento colombiano en la materia, consulten con criterios de justicia y conveniencia y conduzcan a la solución de los graves problemas que en esas específicas ocasiones produce el fenómeno de la depreciación monetaria, sentencia del 29 de noviembre de 1999, expediente No.5035. (...) Por supuesto que junto con la equidad concurren otros principios que igualmente justifican, en su caso, la corrección monetaria, tales como la buena fe, la indemnización plena, la teoría de la causa, la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. Por tanto, su fundamento no puede ubicarse exclusivamente en la necesidad de reparar un daño, punto en el cual hay que recordar que, como lo ha decantado la jurisprudencia “la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía (sentencia del 29 de noviembre de 1999, expediente No.5035”).

Para el caso en estudio, y de acuerdo a las peticiones de la demanda de reconocimiento como aspecto indemnizatorio los sobrecostos en que incurrió la convocante por efecto del incumplimiento y mala asesoría de la convocada, encuentra el tribunal que esa suma de sobrecostos integrada por partidas causadas en los años 2006, 2007 y 2008, deben ser actualizadas a los valores monetarios actuales, año por año, pues así el lapso ocurrido entre 2006, 2007, 2008 y en la fecha de producirse este laudo, no sea muy extenso, sí se ven afectados por la desvalorización de esos mayores costos frente a la fecha actual.

Entonces, atendiendo el denominado principio de la reparación integral del daño, que comprende no solo su reconocimiento en el valor cuando se produjo, sino la actualización de ese valor al pagarse, tema permitido por la ley 446 de 1998 en su artículo 16, el Tribunal habrá de acceder a lo pedido.

No se trata de imponer al deudor un doble pago por un mismo concepto, simplemente ese valor en los tiempos pretéritos en que se incurrió en el sobrecosto se actualice y se reconoce con justicia y repara el verdadero daño in totum. La actualización pecuniaria se realizará con el IPC, teniendo en cuenta la suma total de los sobrecostos, que se han estimado en \$4.223'758.920, calculándolo independientemente por los años de ejecución del contrato. Estos sobrecostos para efecto de la actualización se tomarán atendiendo los periodos de corte anual a 31 de diciembre de cada año, aclarando que en el 2006 se inicio el 16 febrero y que el presupuesto aprobado se había excedido en \$ 776.46.147,

para el segundo periodo en \$1.665.661,.418 y para el último periodo en \$1.781.751.355. Para efecto de calcular la indexación se desarrollará la siguiente fórmula:

I F

$V_p = V_h \frac{I F}{I I}$; en donde:

I I

V_p es el valor presente que se desea obtener.

V_h es el valor histórico a indexar, que para este caso es de: a.- \$776.346.147 para el año 2006, y por el período 28 de Febrero de 2006 hasta el 30 de Mayo de 2.010. b.- \$1.665.661.418 para el año 2007, y por el período del 31 de diciembre de 2007 hasta el 30 de Mayo de 2.010. c.- \$1.781.751.355 para el año 2008, y por el periodo 31 de diciembre de 2008 hasta el 30 de Mayo de 2.010.

I F es el índice final que se obtiene del monto índice del IPC a la fecha presente o más reciente para indexar (laudo), que es el 30 de Mayo de 2.010, que equivale al 104.40

I I es el índice inicial del IPC, desde el cual se va a indexar, que para el caso es de febrero 28 del 2006 es de 85.11, para el 31 de Diciembre de 2.007 es de 92.87 y para el 31 de diciembre del 2008 es de 100.

Hecha la operación se obtiene el resultado que sigue:

De acuerdo a lo anterior, la corrección monetaria para cada anualidad cuantificada se presenta así: a.- Año 2006: \$952.303.345. b.- Año 2007: 1.872.456.682. c.- Año 2008: 1860.127.535. Total valor indexado: \$4.684.877.562. La corrección por indexación da un valor de \$461.128.642. Se aclara que para indexar las anualidades 2.007 y 2.008 se tomó los valores a fin de año, pues no hay disponibilidad de información mes a mes durante cada año.

Esta metodología la siguió la Corte Suprema de Justicia en el fallo citado de Septiembre de 2.009. Radicación No. 1300310300519951112081.

De otra parte, no se afecta el convocado con la indexación por cuanto en el laudo, no hay pronunciamiento alguno sobre intereses moratorios.

CAPITULO XXIV

EXAMEN FINAL DE PROCEDIBILIDAD

El Tribunal considera de la mayor importancia referirse a la conducción y el desarrollo de este proceso arbitral a fin de determinar si por cualquier circunstancia se pudo haber incurrido en algún vicio o defecto de los que la ley y la jurisprudencia catalogan como “in procedendo”, y los que podrían dar origen a una causal determinante para incidir en la eficacia del Laudo, según lo previsto en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998, abriendo el camino al recurso extraordinario de anulación contra el presente laudo. Así las cosas el Tribunal precisa:

- 1). En cuanto tiene que ver con la existencia y/o validez del pacto arbitral, el punto fue objeto de examen amplio y riguroso, teniendo en cuenta las manifestaciones que sobre el particular manifestó la parte convocada en la demanda principal, tema que fue definido en el presente laudo, remitiéndonos a lo dicho;
- 2). En relación a la integración del Tribunal, no existe duda alguna que el procedimiento, escogencia de los árbitros y en ninguna etapa alguna del debate procesal se esgrimió por la partes motivo de inconformidad o reparo por alguno por este concepto;
- 3). Respecto a la causal fundada en no decretar pruebas pedidas o no practicar las decretadas, para el Tribunal resulta claro que atendiendo a la solicitud de decreto de pruebas de la convocante y de la convocada, tanto en la demanda principal como en la de reconvención, se decretaron y practicaron, en su debida oportunidad y con sujeción a las normas procesales, las pruebas pedidas. Ahora bien, si alguna prueba pedida no hubiere sido hipotéticamente decretada, o alguna decretada no hubiese sido practicada, el defecto habría desaparecido al no insistir oportunamente la parte interesada en ella en su decreto o práctica, y por cuanto adicionalmente las conclusiones a que llega el Tribunal se pueden tomar con las pruebas practicadas que reposan en el expediente;

4). El Tribunal se encuentra en la oportunidad legal de dictar el laudo, como quiera que aún no ha vencido el término de duración del arbitraje, según el recuento del tiempo que se hizo constar en la parte considerativa del presente laudo;

5). El fallo se profiere en Derecho, porque legalmente así debe hacerse y se hizo como lo demuestra el análisis jurídico de las normas y hechos probatorios que constan en el expediente, fundamentándose el Tribunal en las normas jurídicas citadas en él y la jurisprudencia nacional, de acuerdo a los criterios del Tribunal para su aplicación y fundamento del fallo, pues se rige este caso por la ley colombiana. Para los efectos pertinentes se analizó el marco legal que propuso el abogado de la convocada en su alegato encontrando que en muchos aspectos se apartó de él, pues de acuerdo a su examen legal no lo encontró aplicable en su totalidad al presente laudo.

6). El Tribunal tiene la seguridad que las decisiones que se toman en el laudo guardan consonancia, unas con otras, resultando congruentes, de modo que ninguna de ellas hace imposible la operancia simultánea de las restantes adoptadas, de suerte que no se impide el efecto natural que el fallo debe producir [Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Casación de 6 de marzo de 1969, tomo CXXIX, y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, y Sentencia de 10 de mayo de 1994, exp. 8004];

7). El laudo está, a juicio del Tribunal, en armonía con los pronunciamientos de hecho y derecho de la demanda, su contestación por la convocada, y, de modo que se resuelve dentro de lo controvertido, y se mantiene la congruencia; y

8). El laudo abarca todas las formas de excepción formuladas, por lo cual se despachan favorablemente algunas de las pretensiones y otras se deniegan.

CAPITULO XXV

RECURSOS CONTRA EL LAUDO

Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la de expedición de este laudo, las partes y el Ministerio Público pueden pedir su aclaración, corrección o

complementación, o el Tribunal hacerlo de oficio. Pudiendo las partes formular el recurso extraordinario de Anulación del mismo.

CAPITULO XXVI

COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL Y AGENCIAS EN DERECHO

El Tribunal considera, atendiendo los principios del artículo 392 del C. de P. C. en esta materia, que por razón del resultado del laudo en su parte declarativa, que la condena en costas y agencias en Derecho no puede recaer en su totalidad sobre Assenda S.A., toda vez que algunas de las pretensiones de la demanda principal no prosperaron. Por lo tanto a la luz de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo referido, y en razón del principio de la proporcionalidad, esta condena prosperará parcialmente, condenando en costas a Assenda a favor de Eficacia por el 50% de lo gastado por esta última.

Eficacia pagó la suma de \$335'000.000, así:

| | |
|---------------------------------------|---------------|
| 50% Honorarios Arbitros | \$225'000.000 |
| 50% Honorarios del Secretario | \$37'500.000 |
| 50% Gastos Administrativos del Centro | \$37'500.000 |
| 50% Honorarios peritos | \$35'000.000 |

Como Eficacia pagó la suma de \$335'000.000, Assenda debe ser condenada al 50% de dicho monto, es decir a la suma de \$167'500.000.

En consecuencia ASSENDA debe devolver a EFICACIA la suma de \$167'500.000, por concepto de costas, más la suma de \$100'000.000 que fija el Tribunal como agencias en derecho a favor de Eficacia, como lo declarará en la parte resolutive.

CAPITULO XXVII

PARTE RESOLUTIVA

Surtidas todas las actuaciones procesales correspondientes al proceso arbitral, al no existir ninguna causal que de lugar a la declaratoria de nulidad de lo actuado y por estar dentro del término legal señalado para ello, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

R E S U E L V E

PRIMERO.- Denegar las excepciones de mérito: “Nulidad, Invalidez e Inexistencia de la cláusula arbitral”, “Falta de Competencia del Tribunal “, “Compensación”, “Inepta demanda por estar dirigida contra persona distinta a la obligada a responder”, “Contrato No Cumplido”, “Carencia de Derecho y/o Carencia de Acción”, “Carencia de Causa” e “Indebida Representación de la parte convocante”, propuestas por Assenda S.A. contra la demanda principal de Eficacia S.A.

SEGUNDO.- Declarar probadas la de “Falta de Relación de Causalidad entre el perjuicio alegado y quien lo causó con relación a los perjuicios derivados de la pérdida de clientes” e “Inexistencia del Perjuicio Alegado”, propuestas por Assenda S.A. contra la demanda principal de Eficacia S.A.

TERCERO.- Denegar las objeciones formuladas por Assenda S.A. a los dictámenes periciales financiero y técnico, por las razones indicadas en la parte motiva.

CUARTO.- Denegar la tacha de los testigos formulada por Eficacia S.A., por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO.- Declarar que Assenda S.A. al incumplir las obligaciones que la convocante enuncia en el Capítulo Tercero de su demanda Las Pretensiones en la primera de ellas en los literales a), b), c), d), e), f), g), i), j), incumplió la obligación adquirida en la Oferta Mercantil de febrero 1 de 2006 dirigida por Integrar hoy Assenda a Eficacia S.A., de entregar, instalar, implementar y poner en funcionamiento el sistema integrado al que contractualmente se obligó.

SEXTO.- Declarar que como consecuencia de lo anterior Assenda S.A. con su incumplimiento ha causado perjuicios a Eficacia S.A., que han sido demostrados en este proceso de acuerdo con la motivación contenida en este laudo.

SEPTIMO.- Condenar a Assenda S.A. a pagar a Eficacia S.A., dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha de este laudo, a título de perjuicios, la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTITRES MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$4.223'758.920), ocasionados u originados por concepto de los sobrecostos derivados de la tardanza y dificultades técnicas que por culpa de Assenda S.A. ocurrieron en la ejecución del proyecto, tal como se analizaron y probaron en la parte motiva del laudo.

OCTAVO.- Denegar los perjuicios solicitados por Eficacia S.A. correspondientes al mayor endeudamiento, por las razones expuestas en la parte motiva.

NOVENO.- Denegar los perjuicios solicitados por Eficacia S.A. correspondientes a la pérdida de clientes, por las razones expuestas en la parte motiva.

DECIMO.- Denegar los incumplimientos que imputa la convocante a la convocada por la no entrega de las licencias (literal h) pretensión primera), la pólizas de garantía (literal k) de la misma pretensión), y por lo tanto sin derivar perjuicios por estos conceptos.

DÉCIMO PRIMERO.- Denegar las pretensiones CUARTA, QUINTA y SEXTA de la demanda principal interpuesta por Eficacia S.A., por las razones expuestas en este laudo.

DECIMO SEGUNDO.- Condenar a Assenda S.A. a pagar a Eficacia S.A., dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha de este laudo, la suma de SETECIENTOS DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL VEINTIOCHO PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$702.242.028,60), por concepto de la cláusula penal pactada en el contrato, equivalente al 30% del valor de la oferta mercantil por DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS MCTE. (\$2.340.806.762), conforme a lo expuesto en la parte motiva.

DÉCIMO TERCERO.- Teniendo en cuenta que el Tribunal no ordena la entrega de ninguna clase de bienes y servicios en este laudo, se deniega la pretensión OCTAVA de la demanda principal de Eficacia S.A.

DÉCIMO CUARTO.- Reconocer la corrección monetaria, con base en el IPC al valor de los sobrecostos reconocidos en el punto SEPTIMO de esta parte resolutive, por un valor total de \$461.128.642 liquidados como se indicó en la parte motiva. Denegar la actualización monetaria de la condena por concepto de cláusula penal establecida en el punto DECIMO SEGUNDO de la parte resolutive de este laudo, y por la razón indicada en su parte motiva.

DÉCIMO QUINTO.- Declarar probadas las excepciones de mérito “Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva” y “Ausencia de Prueba del Pretendido Incumplimiento de Eficacia”, excepciones propuestas por Eficacia S.A. contra la demanda de reconvención de Assenda S.A.

DÉCIMO SEXTO.- Denegar la excepción de mérito “Ausencia de Buena Fe Contractual de parte de Assenda S.A.”, excepción propuesta por Eficacia S.A. contra la demanda de reconvención de Assenda S.A.

DÉCIMO SEPTIMO.- Denegar todas las pretensiones de la demanda de reconvención interpuesta por Assenda S.A. contra Eficacia S.A., tal como quedó expresado en la parte motiva.

DÉCIMO OCTAVO.- Condenar a Assenda S.A. a pagar a Eficacia S.A., dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha de este laudo, la suma de CIENTO SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$167'500.000) por concepto de las costas liquidadas en este proceso a su cargo, y CIEN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$100'000.000) por concepto de agencias en Derecho, tal como se expresó en la parte motiva del laudo.

DÉCIMO NOVENO.- Protocolizado este laudo, el Presidente del Tribunal hará la liquidación final de los gastos, cubrirá los que estuvieren pendientes y, mediante cuenta razonada, devolverá a las partes por igual el remanente.

VEGÉSIMO.- ORDÉNASE la entrega de sendas copias auténticas de este laudo a los apoderados de las partes y al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali.

VIGESIMO PRIMERO.- ORDÉNASE la protocolización del expediente en una Notaría del Círculo de Cali, después de resueltos los recursos de ley.

Notifíquese y cúmplase,

El Presidente,

JOSE RICARDO CAICEDO PEÑA

Los Árbitros,

RODRIGO PALAU ERAZO

LUIS ALFONSO MORA TEJADA

El Secretario,

LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO

El laudo anterior queda notificado en estrados a los apoderados de las partes.

