

Telefónica del Perú S.A.A.
Oficina de Normalización Previsional - ONP
Arbitraje de Derecho

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

DEMANDANTE : TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
DEMANDADO : OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado por un Tribunal Arbitral conformado por los doctores Oswaldo Hundskopf Exebio, Alonso Morales Acosta, Gonzalo García Calderón Moreyra; en la controversia iniciada por Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA o DEMANDANTE) contra la Oficina de Normalización Previsional (en adelante ONP o DEMANDADO).

Resolución N° 13

Lima, 12 de octubre de 2012

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Con fecha 23 de agosto de 2007, la ONP convocó a través del SEACE al Concurso Público N° 0008-2007-ONP para contratar el servicio de comunicación de voz y datos, según los siguientes ítems: ítem 1: Servicio de interconexión de Red – Red Wan ONP; ítem 2: Servicio de telefonía básica; e, ítem 3: Servicio de acceso a Internet. La duración del servicio sería por un período de treinta y seis (36) meses para los ítems 1 y 2; y de veinticuatro (24) meses para el ítem 3.
- 1.2. Como consecuencia de este proceso, con fecha 1° de febrero de 2008, se adjudicó la Buena Pro del ítem 2 a TELEFÓNICA.
- 1.3. En vista de ello, con fecha 28 de febrero de 2008, TELEFÓNICA y la ONP suscribieron el Contrato de Locación de Servicios (en adelante, el CONTRATO), por un monto total ascendente a S/. 577,254.72 (Quinientos Setenta y Siete Mil Doscientos Cincuenta y Cuatro con 72/100 Nuevos Soles), incluido IGV y con una vigencia de treinta y seis (36) meses contados a partir del 30 de marzo de 2008 hasta 29 de marzo de 2011.
- 1.4. De acuerdo a lo detallado en las Hojas de Instalación N° 001-0000705 y 001-0000706¹, TELEFÓNICA instaló el servicio de telefonía básica el 28 de marzo de 2008.

¹ Documento que obra en el Expediente como Anexo 1-G de la demanda arbitral presentada por TELEFÓNICA.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

II. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

- 2.1. En la cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, las partes incorporaron un convenio arbitral para someter potenciales controversias a un arbitraje, estableciendo expresamente lo siguiente:

DÉCIMO SEXTA.- ARBITRAJE

"Ambas partes acuerdan que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral. El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia."

- 2.2. Atendiendo a lo establecido por las partes en la cláusula arbitral transcrita, se advierte que la mencionada controversia deberá ser resuelta mediante un proceso arbitral, por lo que fue necesaria la verificación de un escenario de conflicto para que se inicie el presente proceso arbitral.

III. DESIGNACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 3.1. Al haberse suscitado una controversia entre las partes, TELEFÓNICA solicitó el inicio del proceso arbitral y nombró como árbitro al señor Carlos Alberto Soto Coágula; sin embargo, éste no aceptó el cargo por incurrir en un supuesto de incompatibilidad, conforme al artículo 21º de la Ley de Arbitraje. Dado ello, TELEFÓNICA realizó una nueva designación y nombró al doctor Gonzalo Félix García Calderón Moreyra como árbitro de parte, mientras que la ONP designó al doctor Alonso Morales Acosta, quienes llegaron a un acuerdo respecto del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, designando al doctor Oswaldo Hundskopf Exebio.
- 3.2. Designados los árbitros conforme a las reglas establecidas para tales efectos, con fecha 9 de febrero de 2012 se declaró instalado el Tribunal Arbitral. A dicha audiencia asistieron los señores árbitros Oswaldo Hundskopf Exebio, Alonso Morales Acosta y Gonzalo García Calderón Moreyra; así como los representantes de TELEFÓNICA, los doctores Rocío Jimena de la Puente León y Mario Luis Reggiardo Saavedra; la representante de la ONP, señorita Paola Lisseth Cartolín Romero; y, la Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE, Fabiola Paulet Monteagudo.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

- 3.3. En dicha oportunidad, los miembros del Tribunal Arbitral se ratificaron en la aceptación del cargo, declararon no tener ningún tipo de incompatibilidad ni compromiso con las partes, obligándose a ejercer el cargo con imparcialidad, independencia y probidad.
- 3.4. Por otro lado, cabe resaltar que las partes aceptaron plenamente la composición de este Tribunal Arbitral, expresando no conocer algún hecho que pudiese constituir causal de recusación.
- 3.5. De igual forma, en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes y los árbitros acordaron las reglas procesales a seguir en el presente arbitraje, precisando que al proceso arbitral le sería aplicable las disposiciones estipuladas en la citada Acta y, en su defecto, lo dispuesto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084 -2004-PCM y el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje).
- Asimismo, se dispuso que, en caso de deficiencia o vacío de las normas antes citadas, el Tribunal Arbitral se encontraba facultado para resolver en forma definitiva del modo que considerasen apropiado, mediante la aplicación de los principios generales del Derecho.
- 3.6. Por último, el Tribunal Arbitral otorgó a TELEFÓNICA un plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que cumpla con presentar su demanda arbitral.

IV. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LA POSICIÓN DE TELEFÓNICA

- 4.1. Mediante escrito presentado el 29 de febrero de 2012, TELEFÓNICA interpuso demanda arbitral postulando el siguiente petitorio, el cual reproducimos literalmente:

"PETITORIO:

PRETENSIÓN PRINCIPAL

Solicitamos se declare que Telefónica del Perú S.A.A. no se encuentra obligada a pagar la penalidad ascendiente a S/. 435,600.00 (Cuatrocientos Treinta y Cinco Mil Seiscientos y 00/100 Nuevos Soles) impuesta por la Oficina de Normalización Previsional mediante Carta N°017-211-OTI/ONP del 15 de abril de 2011.

PRETENSIÓN ACCESORIA

Solicitamos que la parte demandada nos reembolse los costos y costas por el presente proceso arbitral".

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

4.2. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA:

- 4.2.1 Con fecha 28 de febrero de 2008 TELEFÓNICA y la ONP celebraron el CONTRATO, por medio del cual TELEFÓNICA se obligó a ejecutar y desarrollar el servicio de telefonía básica por un plazo de 36 meses y, la ONP a abonarles la cantidad de S/. 577,254.72 (Quinientos Setenta y Siete Mil Doscientos Cincuenta y Cuatro con 72/100 Nuevos Soles). Los objetivos, características y prestaciones específicas derivadas de las obligaciones contractuales se encuentran detalladas en el CONTRATO.
- 4.2.2 De acuerdo a señalado por TELEFÓNICA, en las Bases Integradas (en adelante, BASES) se estableció que el tiempo de respuesta máximo para la atención y subsanación de una avería es de una (1) hora, plazo que debe computarse desde que la ONP reporta la avería a la ventanilla única de TELEFÓNICA.
- 4.2.3 Ante el incumplimiento en el tiempo de respuesta de las averías, tal como lo establece el literal a) del acápite F – Penalidades de las BASES, la ONP podrá cobrar una penalidad equivalente a una (1) UIT por hora adicional a lo comprometido por TELEFÓNICA.
- 4.2.4 TELEFÓNICA indica que en el numeral 4.3.5 de la Propuesta Técnica se señala que el tiempo de respuesta máximo para la atención y subsanación de averías se aplica siempre que la responsabilidad de éstas sea atribuible completamente a TELEFÓNICA, pues esta no tendría el control sobre la falla o la avería y sería imposible poder solucionar los inconvenientes en el plazo establecido.
- 4.2.5 Asimismo señala que conforme a lo dispuesto en el numeral 4.2 de la Propuesta Técnica y el literal c) – Descripción General del Sistema de Comunicaciones, se precisó qué equipos son responsabilidad de TELEFÓNICA y cuáles de la ONP, respectivamente. De esta forma, según TELEFÓNICA, se determinó que las interfaces eran de responsabilidad de la ONP.
- 4.2.6 En este contexto, TELEFÓNICA precisa que con fecha 28 de marzo de 2008, se instaló el servicio de acceso primario en la ONP, y si bien TELEFÓNICA no era responsable de las interfaces para la conexión de los enlaces E1, de modo pro-activo y ante un pedido de la ONP, proporcionó un cable de interface (cable 2).
- 4.2.7 TELEFÓNICA señala que con fecha 24 de febrero de 2011, mientras las partes se encontraban en la ejecución del CONTRATO, la ONP reportó a través de la Ventanilla Única de TELEFÓNICA, la interrupción del servicio de telefonía básica de su línea primaria 4142300. TELEFÓNICA manifestó que inmediatamente revisó la avería y verificó que el servicio correspondiente a dicha línea no tenía interrupción, confirmándose que los enlaces E1 se encontraban activos hasta el Multiplexor, que

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

es justamente hasta donde llega la responsabilidad de TELEFÓNICA. Es decir, la avería no se daba en los equipos o en la conexión que eran responsabilidad de TELEFÓNICA.

- 4.2.8 Posteriormente, TELEFÓNICA manifiesta que con fecha 1º de marzo de 2011, se acercó al local de la ONP a colaborar en identificar en cuál de los equipos de la ONP se estaba generando el problema, determinándose que el Cable 2 de interface necesario para la conexión entre el Multiplexor de TELEFÓNICA y el Gateway de Voz de la ONP se encontraba dañado. En aquel momento, como parte del servicio proactivo del personal técnico de TELEFÓNICA, se cambió el Cable 2 de interface dañado por uno nuevo, sin costo para la ONP.
- 4.2.9 TELEFÓNICA precisa que con fecha 19 de abril de 2011, fue notificada con la Carta N° 017-2011-OTI/ONP del 15 de abril de 2011, mediante la cual la ONP le aplica una penalidad de 121 UIT, toda vez que TELEFÓNICA incurrió en 121 horas adicionales al tiempo de respuesta máximo (1 hora) para la atención y subsanación de la avería reportada.
- 4.2.10 En vista de ello, TELEFÓNICA refiere que mediante comunicación TDA-GPV-8402300-C-0275-2001 de fecha 28 de abril de 2011, manifestó su desacuerdo con la penalidad impuesta, pues la avería se había producido en el terminal del cable interface que era responsabilidad de la ONP y no de TELEFÓNICA.
- 4.2.11 En respuesta a la comunicación antes referida, TELEFÓNICA indica que mediante Carta N° 033-2011-OTI/ONP, notificada el 24 de agosto de 2011 a TELEFÓNICA, la ONP señaló que TELEFÓNICA no habría acreditado que la causa que generó la demora en la atención del reporte de avería hubiera sido ajena a su voluntad, o se hubiera tratado de un caso fortuito o de fuerza mayor.
- 4.2.12 Según señala TELEFÓNICA, la ONP reconoce que las interfaces son su responsabilidad, pero hace una distinción entre la interface que corresponde a su Gateway de Voz (puerto de interface) con la interface necesaria para brindar la conexión entre el Multiplexor con el Gateway de Voz, señalando que únicamente la primera es su responsabilidad, mientras que la segunda sería responsabilidad de TELEFÓNICA, a lo cual TELEFÓNICA precisó que esta diferenciación no fue pactada.
- 4.2.13 Asimismo, TELEFÓNICA indica que a pesar que la ONP reconoció ser responsable de las interfaces y que la avería se originó en el Cable de interfaces, mediante Carta N° 3452-2011-OAD/ONP del 7 de septiembre de 2011, la ONP comunicó la aplicación de una penalidad ascendiente a S/. 435.600.00, equivalente a 121 horas de retraso, en virtud de lo establecido en el inciso a) del literal F – Penalidades de

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Contrato de Servicio de Telefonía Básica.

- 4.3. Mediante Resolución N° 1 de fecha 5 de marzo de 2012, notificada a ambas partes el 7 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral admitió a trámite el escrito de demanda presentado por TELEFÓNICA el 1° de marzo de 2012, y se corrió traslado del mismo a la ONP, para que en un plazo de quince (15) días hábiles de notificada, cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvenición.

V. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA POR LA ONP

- 5.1. Por escrito de fecha 28 de marzo de 2012, ONP contestó la demanda presentada por TELEFÓNICA, solicitando se declare infundada, conforme a los fundamentos que se exponen resumidamente a continuación.

- 5.1.1. ONP indica que, a pesar de que TELEFÓNICA alega que revisó la avería reportada, verificó que el servicio de telefonía correspondiente a la línea primaria 4142300 no tenía interrupción y concluyó que el problema no se encontraba en los equipos que eran de su responsabilidad, no brindando dicha información a la ONP, sino hasta el 1° de marzo de 2011, día en que recién acudió a las instalaciones.

- 5.1.2. Asimismo, la ONP manifiesta que TELEFÓNICA se comprometió con brindar un servicio ininterrumpido, solucionar los inconvenientes independientemente del equipo en que se produjera el desperfecto, conforme al "Acuerdo de Niveles de Servicio" y además acreditó contar con un nivel de soporte técnico tal que garantizaba el servicio durante las 24 horas del día, los 7 días de la semana.

- 5.1.3. ONP manifiesta que existían deberes por parte de TELEFÓNICA, conforme al "Acuerdo de Niveles de Servicio" por el cual se comprometía a informar al cliente por medio de correo electrónico o llamada telefónica, de aquellas situaciones en las que prevea que no se va a cumplir con el nivel de servicio acordado; por otro lado, en el documento denominado "Procedimiento de Atención de Averías en Enlaces Primarios", se establecía que ante cualquier avería reportada, debía restablecer el servicio de telefonía.

- 5.1.4. ONP sostiene que la precisión realizada por TELEFÓNICA, en el punto 4.3.5 de su Propuesta Técnica respecto al plazo de una (1) hora, resulta incompatible con los requisitos solicitados en las BASES, y en relación a ello señala que la cláusula Cuarta del CONTRATO, establece que las condiciones de la propuesta técnica y económica se aplicarán siempre y cuando sean compatibles con las BASES.

Además indica que la afirmación de TELEFÓNICA respecto a la imposibilidad de controlar la falla y solucionar el inconveniente en el tiempo previsto, contradice el

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

referido documento, pues en este se fija que el tiempo acumulado mensual de indisponibilidad del servicio no debe ser mayor de dos (2) horas.

- 5.1.5. Según la ONP, TELEFÓNICA aceptó que las penalidades que le serían aplicables en el transcurso de la relación contractual eran: 1) la contemplada en el artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y adicionalmente; 2) las penalidades contempladas en el literal F) del Anexo N° 1 de las BASES. Por ello la ONP sostiene que no es posible aceptar el razonamiento de hacer referencia a la limitación para la aplicación de las penalidades contempladas en la propuesta técnica de TELEFÓNICA.
- 5.2. Mediante Resolución N° 3 de fecha 30 de marzo de 2012, notificada a ambas partes el 2 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral admitió a trámite el escrito de contestación de la demanda arbitral; citó a las partes a la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Pruebas para el 12 de octubre de 2011 y otorgó un plazo de tres (3) días hábiles para que formulen sus propuestas de puntos controvertidos.
- 5.3. Por escritos de fecha 9 de abril de 2012, ONP y TELEFÓNICA formularon sus propuestas de puntos controvertidos.
- 5.4. Mediante Resolución N° 4 de fecha 11 de abril de 2012, notificada a ambas partes el 13 de abril de 2012, el Tribunal tuvo por cumplido el requerimiento efectuado mediante Resolución N° 3 y en consecuencia, tuvo presente las propuestas de puntos controvertidos presentadas por ambas partes.

VI. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

- 6.1 Con fecha 17 de abril de 2012, se realizó la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Pruebas, con la asistencia de los miembros del Tribunal Arbitral y los representantes de TELEFÓNICA, los doctores Rocío Jimena De La Puente León y Mario Luis Reggiardo Saavedra; y el representante de la ONP, el señor Oscar Alberto Orcon Hinojosa, asesorado por su abogado, Marino Ricardo Costa Bauer.

En esta audiencia se realizaron los siguientes actos:

- 6.1.1 **CONCILIACIÓN:** El Tribunal Arbitral invitó a las partes, a fin de propiciar el dialogo entre ellas y llegar a un acuerdo conciliatorio. Ellas expresaron que no resulta posible; no obstante dejaron abierta la posibilidad de que las mismas lo puedan hacer en cualquier etapa del proceso.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

6.1.2 **SANEAMIENTO PROCESAL:** Señalaron que al no haberse presentado excepciones o defensas previas, puede continuarse con la tramitación del presente proceso, por lo que se declara saneado, dándose por válida la relación jurídico-procesal existente entre las partes.

6.1.3 **PUNTOS CONTROVERTIDOS:** El Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta las propuestas presentadas por ambas partes, procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si la atención y subsanación de la avería reportada por la ONP el día 24 de febrero de 2011 por la interrupción del servicio de telefonía básica, era o no prestación a cargo de TELEFÓNICA.
2. Determinar si TELEFÓNICA incurrió o no en un retraso injustificado de ciento veintiún (121) horas, en el cumplimiento de la prestación a su cargo consistente en la atención y subsanación de la interrupción del servicio de telefonía básica reportada en el ticket de atención N° BAJ0821015.
3. Determinar si corresponde o no aplicar a TELEFÓNICA la penalidad establecida en el literal F) del Anexo N° 01- "Términos de Referencia del Servicio", de las Bases Integradas del Concurso Público N° 0008-2007-ONP por la demora en la atención y subsanación del ticket de atención N° BAJ0821015.
4. Determinar si TELEFÓNICA se encuentra o no obligada a efectuar el pago por concepto de penalidades ascendente a S/ 435, 600.00 (Cuatrocientos Treinta y Cinco Mil Seiscientos con 00/100 Nuevos Soles) impuesta por la ONP mediante Carta N° 017-2011-OTI/ONP de fecha 15 de abril de 2011.
5. Determinar si corresponde o no que la ONP reembolse los costos y costas incurridos en el presente arbitraje por TELEFÓNICA.

6.1.4 **ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:** El Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios, de acuerdo a la facultad discrecional señalada en el artículo 41° de la Ley de Arbitraje:

De la parte demandante: Se admitieron en calidad de medios probatorios, los documentos ofrecidos por TELEFÓNICA en el rubro "Medios Probatorios" de su escrito de demanda arbitral presentado el 1° de marzo de 2012, signados desde el numeral 1) hasta el numeral 12).

De la parte demandada: Se admitieron en calidad de medios probatorios, los documentos ofrecidos por la ONP en el rubro "Medios Probatorios" de su escrito de

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

contestación de demanda presentado el 28 de marzo de 2012, signados desde el numeral 1) hasta el numeral 17).

Asimismo, se admitió la exhibición por parte de TELEFÓNICA del reporte del sistema de incidencias para el Ticket BAJ0821015, para lo cual el Tribunal otorgó un plazo de siete (7) días hábiles, para que TELEFÓNICA cumpla con presentarlo.

- 6.2. Mediante Resolución N° 5 de fecha 11 de mayo de 2012, notificado a ambas partes la Secretaria Arbitral da cuenta del hecho que TELEFÓNICA no ha cumplido con exhibir el reporte del sistema de incidencias para el Ticket BAJ821015, requerido en el Acta de la mencionada Audiencia; por lo que el Tribunal resuelve otorgar nuevamente a TELEFÓNICA un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de la mencionada Resolución, para que cumpla con la exhibición de dicho documento.
- 6.3. Por carta de fecha 16 de mayo de 2012, TELEFÓNICA ha señalado que pese a haber realizado una búsqueda exhaustiva, no les resulta posible entregar la información requerida, ya que el reporte del sistema de incidencia para el Ticket BAJ0821015 no figura en su sistema a nombre de la ONP.
- 6.4. Mediante Resolución N° 6 de fecha 18 de mayo de 2012, notificada a ambas partes el 21 de mayo de 2012, el Tribunal tuvo presente lo expuesto por TELEFÓNICA en su carta de fecha 16 de mayo de 2012 y, corrió traslado de la misma a la ONP para que en un plazo de cinco (5) días hábiles, manifieste lo que considere necesario.
- 6.5. Por escrito de fecha 28 de mayo de 2012, la ONP cumplió con absolver el traslado conferido mediante Resolución N° 6, recalando que es obligación legal y contractual de TELEFÓNICA contar con un sistema de registro de reclamos y conservar los reportes de los clientes, para evidenciar la transparencia en su atención del problema.

Así también, ONP desmiente lo señalado por TELEFÓNICA al precisar que el Ticket a nombre de la ONP no figura en su sistema, indicando que la existencia de dicho ticket se podría corroborar con los correos presentados previamente y adjuntados al escrito de contestación.

Finalmente, la ONP resalta el hecho de que no sería materia de controversia la existencia del Ticket N° BAJ0821015 de fecha 24 de febrero de 2011, por lo que TELEFÓNICA no podría desconocer su existencia, ni señalar que no existe ningún reporte en el sistema a nombre de la ONP.

- 6.6. Mediante Resolución N° 7 de fecha 6 de junio de 2012, notificada a ambas partes el 7 de junio de 2012, el Tribunal Arbitral prescindió del medio probatorio ofrecido por la ONP, referido a la exhibición por parte de TELEFÓNICA del reporte del sistema de incidencias para el Ticket BAJ0821015.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

Asimismo, mediante esta Resolución se declaró el cierre de la etapa probatoria; otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la mencionada Resolución, a efectos de que presenten sus alegatos finales por escrito; y, citó a ambas partes a la Audiencia de Informes Orales para el 25 de junio de 2012.

VII. ALEGATOS FINALES Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

- 7.1. Por escrito de fecha 20 de junio de 2012, ONP cumplió con presentar sus alegatos finales, indicando los argumentos señalados en su escrito de contestación de la demanda.
- 7.2. Asimismo, por escrito de fecha 20 de junio de 2012, TELEFÓNICA cumplió con presentar sus alegatos finales, en los cuales se recalcaron los hechos anteriormente precisados y agregaron lo siguiente:
- 7.2.1. Respecto a la obligación de solucionar las averías en el plazo de una (1) hora, TELEFÓNICA sostiene que según el acápite 3.8 del "Acuerdo de Niveles de Servicio", se prevé que la penalidad se podrá aplicar solo cuando la avería sea responsabilidad de TELEFÓNICA.
- 7.2.2. En cuanto al compromiso de informar, TELEFÓNICA sostiene que no ha vulnerado deber alguno, pues no era su responsabilidad, además menciona que en el presente arbitraje se discute si tiene que pagar una penalidad por no solucionar la avería, no por haber incumplido con informar.
- 7.2.3. Sobre los correos enviados a la ONP, TELEFÓNICA sostienen que lo señalado en ellos fue un error ya que la avería no era responsabilidad de TELEFÓNICA.
- 7.2.4. TELEFÓNICA alega, respecto a la incompatibilidad de la Propuesta Técnica con las BASES, que estas no se contradicen; por el contrario, se complementan, es así que la Propuesta Técnica precisa el contenido establecido en las BASES.
- 7.2.5. En cuanto al deber de observación de las BASES, sostienen que correspondía a la ONP considerar que la propuesta efectuada por TELEFÓNICA era inconsistente, asignándole un menor puntaje o no otorgándole la Buena Pro.
- 7.2.6. Por último, TELEFÓNICA sostiene que la ONP ha vulnerado la doctrina de los actos propios, pues en un primer momento aceptó lo expuesto en la Propuesta Técnica, luego cuestionó su responsabilidad sobre las interfaces y por último cuestionó la Propuesta Técnica, sosteniendo que esta es incompatible con las BASES.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

- 7.3. Mediante Resolución N° 8 de fecha 15 de junio de 2012, notificada a ambas partes el 19 de junio de 2012, el Tribunal dejó sin efecto el cuarto punto de la Resolución N° 7 y reprogramó la Audiencia de Informes Orales para el 9 de julio de 2012, a las 4 pm.
- 7.4. Mediante Resolución N° 9 de fecha 28 de junio de 2012, notificada a ambas partes el 3 de julio de 2012, el Tribunal tuvo presente lo expuesto por TELEFÓNICA y la ONP en sus escritos presentados el 20 de junio de 2012.
- 7.5. Por escrito 6 de julio de 2012, la ONP solicitó el uso de la palabra del señor Tulio Rafael López Hoyos, para que informe sobre hechos y del doctor Ángel Alcalá Contreras para que informe sobre el derecho aplicable.
- 7.6. Mediante Resolución N° 10, emitida y notificada a ambas partes el 9 de julio de 2012, el Tribunal resolvió tener presente lo solicitado por la ONP en su escrito de fecha 6 de julio de 2012.
- 7.7. Con fecha 9 de julio de 2012, se llevó a acabo la Audiencia de Informes Orales, con la presencia de los miembros del Tribunal y los representantes de TELEFÓNICA, los doctores Rocío Jimena De La Puente León y Mario Luis Reggiardo Saavedra y los representantes de la ONP el señor Oscar Alberto Orcon Hinojosa y el doctor Ángel Alcalá Contreras.
- 7.8. En esta misma audiencia, el Tribunal precisó que a fin de tomar conocimiento de los hechos en controversia, consideró pertinente citar a ambas partes a una Audiencia de Hechos para el día viernes 13 de julio de 2012, a las 12:30 am, en la sede del Tribunal Arbitral.
- 7.9. Con fecha 13 de julio de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Hechos, con la presencia de los miembros del Tribunal Arbitral y los representantes de TELEFÓNICA, el señor Luis Ibazeta Cárdenas y el doctor Mario Luis Reggiardo Saavedra y los representantes de la ONP, señor José Gilberto Samame Quiñones, señor Tulio Rafael López Hoyos y el doctor Ángel Rafael Alcalá Contreras.
- 7.10. Mediante Resolución N° 11 de fecha 8 de agosto de 2012, notificada a ambas partes el 9 de agosto de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió decretar autos con citación para expedir el Laudo; señalándose que el plazo para laudar es de treinta (30) días hábiles, contados a partir de al fecha de notificación de la mencionada Resolución, plazo que podrá ser prorrogado, por una sola vez a discreción de los árbitros, por una sola vez por un plazo de veinte (20) días hábiles adicionales.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y del Reglamento de la Ley, así como lo establecido en la cláusula Décimo Sexta del CONTRATO;
- ii) Que, en ningún momento se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral o se impugnó reclamó contra las disposiciones del proceso arbitral establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral;
- iii) Que, TELEFÓNICA presentó su demanda arbitral, dentro del plazo dispuesto;
- iv) Que, la ONP fue debidamente emplazada con el escrito de demanda arbitral respectivo, ejerciendo su derecho de defensa presentando su escrito de contestación de la demanda;
- v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, los cuales fueron objeto de actuación por parte del Tribunal Arbitral, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y,
- vi) Que, éste Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo.

Asimismo, el Tribunal Arbitral considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Estos medios probatorios han sido valorados de manera conjunta, utilizando nuestra apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que fundamenta su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada, de conformidad con lo establecido en el artículo 42º de la Ley de Arbitraje, que confiere a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas siempre que la valorización se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.

El Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones de las partes así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valorización de conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba, no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

De igual manera, el Tribunal Arbitral conforme a sus atribuciones establecidas en la Ley de Arbitraje y a los puntos controvertidos aceptados por las partes, se declara competente y en la facultad legal de laudar, respecto de todos los puntos sometidos a su decisión, no habiéndose excepcionado ningún aspecto de la demanda.

Siendo este el estado de las cosas se procede a laudar dentro de plazo establecido.

II. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

1. De acuerdo a lo establecido en el punto III) del Acta de la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Pruebas de fecha 17 de abril de 2012, se dejó claramente establecido que la enumeración de los puntos controvertidos era meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial para el Tribunal Arbitral, la cual no limita el análisis que éste deberá efectuar respecto de la controversia y a las pretensiones planteadas.
2. Por otro lado, con el propósito de atender las pretensiones suscitadas en el presente proceso, este Tribunal Arbitral considera pertinente referirse previamente al marco legal aplicable a las controversias materia del presente proceso arbitral.
3. Para ello, debemos remitirnos a lo establecido en la cláusula Segunda del CONTRATO.

SEGUNDA.- NORMAS APLICABLES

"Las partes acuerdan regirse en todo lo no previsto en el presente contrato, por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, en adelante la "Ley" y en su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en adelante "Reglamento de la Ley", en las demás normas regulatorias y modificatorias, así como en el Código Civil".

4. Respecto del tema, el Tribunal Arbitral advierte que la base legal para evaluar las pretensiones, está constituida por lo estipulado en el CONTRATO, en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM; Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM; y, finalmente lo dispuesto en el Código Civil y demás normas concordantes.

Teniendo ello en cuenta, pasaremos a analizar los puntos controvertidos precisados anteriormente.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

I.1. DETERMINAR SI LA ATENCIÓN Y SUBSANACIÓN DE LA AVERÍA REPORTADA POR LA ONP EL DÍA 24 DE FEBRERO DE 2011 POR LA INTERRUPCIÓN DEL SERVICIO DE TELEFONÍA BÁSICA, ERA O NO PRESTACIÓN A CARGO DE TELEFÓNICA.

1. Con fecha 24 de febrero de 2011, la ONP reportó al Centro de Gestión de TELEFÓNICA la interrupción del servicio de telefonía básica de su línea primaria N° 4142300².
2. De acuerdo a lo manifestado por TELEFÓNICA, con fecha 1° de marzo de 2011 se determinó que la avería en el servicio de telefonía básica se había ocasionado en el Cable 2 del Cable de interface necesario para la conexión entre el Multiplexor de TELEFÓNICA y el Gateway de Voz de la ONP, lo que había generado la desconexión del enlace. Esta precisión fue señalada por TELEFÓNICA en la Carta N° TDA-GPV-8402300-C-0275-2011 de fecha 28 de abril de 2011³, indicando lo siguiente:

"El problema encontrado por nuestro personal técnico, en la visita realizada el día 01/03/2011 en el local de la ONP, determinó que el terminal de la interface (cable) para la conexión del multiplexor de Telefónica al Gateway de voz de la ONP se encontraba dañado, lo que originó la desconexión del E1 (primario 4142300). Cabe precisar, que dicho cable no es responsabilidad de Telefónica, situación que fue claramente evidenciada por la ONP, en la respuesta a nuestra consulta N° 11, que se detalla en las bases integradas del proceso CP-0008-20011 OT/ONP (y que ratificamos en nuestra Oferta Técnica adjudicada)". (El subrayado es nuestro)

3. Al respecto, mediante la Carta N° 033-2011-OT/ONP de fecha 19 de agosto de 2011, notificada a TELEFÓNICA el 24 de agosto de 2011⁴, la ONP manifestó lo siguiente:

"El hecho que personal técnico de Telefónica, según sostiene en sus descargos, luego de 122 horas sin servicio telefónico en el número 414-2300, encontrara afectado el terminal del cable de conexión entre el Block de Conexión y el Gateway de Voz de la ONP, indica que efectivamente existió un inconveniente y que el tiempo para determinar dicho problema fue de 122 horas desde el momento en que se reportó el inconveniente.

² Dato obtenido del correo electrónico enviado por el señor Gino Huamán a los señores Tulio López, Martín Arbulu, Luis Palomares y Eber Castañeda Mayta de fecha 24 de febrero de 2011, a las 08:23 am, adjunto en el expediente como Anexo N° 1-I de la contestación de la demanda presentado por la ONP.

³ Documento que obra en el Expediente como Anexo 1-I de la demanda arbitral.

⁴ Documento que obra en el Expediente como Anexo 1-J de la demanda Arbitral.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

Cabe indicar que si bien la ONP es responsable de las interfaces para conectar los dos enlaces primarios E1, estas interfaces corresponden a las tarjetas que en nuestro Gateway de Voz existen. Y para poder contar con el servicio de dichos enlaces, es necesario interconectar el Multiplexor con el Gateway de Voz a través de un cable de conexión, siendo este cable de conexión de entera responsabilidad de Telefónica, pues cuando se realizaron los trabajos de implementación y conectividad del servicio, vuestra empresa proveyó de dicho cable". (El subrayado es nuestro)

4. Teniendo en consideración lo expuesto, el Tribunal advierte que ambas partes se encuentran de acuerdo que la interrupción del servicio se debió a una falla encontrada en el cable 2 que conecta el Gateway de voz con el Multiplexor, es decir en una de las interfaces del enlace.
5. Ante ello, debemos definir que entendemos por una interface. Siguiendo la definición brindada por TELEFÓNICA⁵ y no negada por ONP, podemos indicar que las interfaces para E1 (G.703) son cables FLEX-5 y conectores BNC, los cuales son equipos necesarios para lograr la conexión de los E1 desde el Multiplexor al Gateway de Voz. Para poder conectar el Multiplexor con el Gateway de voz, el interface debe de contar con puertos de conexión en cada uno de los aparatos así como el cable que conecta dichos puertos y, a su vez conecta los E1 del Multiplexor al Gateway de Voz.
6. En consecuencia, la interface es una conexión entre dos ordenadores o máquinas de cualquier tipo dando una comunicación entre distintos niveles. Los interfaces están compuestos por un puerto de interface, un terminal del cable y con un cable de interface.
7. Según TELEFÓNICA, el Gateway de Voz se conecta al Multiplexor mediante un cable interface E1 – G703. Este cable interfaz E1 – G703 está conformado por dos cables: (i) el cable 1 que se conecta al Gateway de Voz, el cual tiene dos puertos; y (ii) cable 2 que extiende el cable 1 hasta el equipo Multiplexor de TELEFÓNICA, el cual tiene a su vez dos puertos.
8. Por lo tanto, dado que el problema se presentó en el cable de conexión del Gateway de Voz con el Multiplexor, corresponde determinar si dicho equipo era responsabilidad de TELEFÓNICA o de la ONP.
9. Como sabemos, el objeto de la obligación necesita la concurrencia de cuatro elementos esenciales: a) posibilidad, licitud, determinación o determinabilidad y patrimonialidad.

⁵ Esta información obtenida en la acápite vi) del punto 6 de la demanda arbitral presentada por TELEFÓNICA, página 10. Cabe señalar que la ONP no ha negado la definición dada por TELEFÓNICA.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

En el presente caso nos referiremos a la determinación o determinabilidad de objeto. Según Osterling y Freyre⁶, la prestación necesita ser determinable ya que si no lo fuera el acreedor podría exigir a su deudor cualquier prestación, y lo mismo podría hacer el deudor al tiempo del cumplimiento, con lo cual la función de satisfacer un interés tutelado sería absolutamente irrelevante.

La doctrina nos explica que existen tres criterios para determinar la prestación: a) sobre la base de elementos objetivos; b) cuando se deja la elección de la prestación a un tercer; y c) cuando las partes decidan el objeto de la obligación al contraerla.

En vista de ello, es necesario determinar lo dispuesto por las partes al suscribir el CONTRATO.

10. De acuerdo la cláusula Cuarta del CONTRATO, TELEFÓNICA se obligó a ejecutar y desarrollar el servicio de telefónica básica, el cual comprendía entre sus servicios lo siguiente:

"ÍTEM 2

SERVICIO DE TELEFONÍA BÁSICA

La ONP requiere contratar un servicio de telefonía básica. De manera informativa se indica que actualmente la ONP tiene dos (2) enlaces primarios (60 canales). Los servicios que deberán estar asociados a los accesos primarios son los siguientes:

- El Contratista deberá proveer, instalar y configurar, a todo costo*, como mínimo dos enlaces primarios; estos E1's deberán ser configurados tanto como entrada y salida en coordinación con la División de Administración de Sistemas.
* Debe precisarse que la ONP es responsable del router de voz, cisco call manager, software de tarificación y los UPS; así como el ambiente de centro de cómputo para su custodia. El Contratista será responsable del equipamiento y configuración adicional.
- (...)*. (El subrayado es nuestro)

11. Es decir, TELEFÓNICA debía proveer y configurar ciertos equipos, mientras que la ONP se comprometía a prestar otros equipos, bajo su responsabilidad.
12. Ahora bien, según la Descripción General del Servicio de los Términos de Referencia en las BASES, se precisó que la ONP proveería la central telefónica IP Cisco Call

⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario Castillo Freyre. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra, Lima 2008. Pág. 93.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

Manager, el Gateway de voz y las interfaces para la conexión de los enlaces E1, indicando lo siguiente:

ANEXO N° 1: TÉRMINOS DE REFERENCIA DEL SERVICIO

"(...)

C. Descripción General del Sistema de Comunicaciones

La ONP cuenta con un sistema de interconexión de redes que permite interconectar las treinta (30) oficinas departamentales y zonales (Lima) de la ONP con la sede central, ubicada en Lima (Centro Cívico), de tal forma que soporte la comunicación de voz y datos y enlace a Essalud y la Defensoría del Pueblo.

Para las comunicaciones de voz, el sistema de interconexión está configurado para soportar voz IP mediante la conexión de dos enlaces E1, los cuales serán provistos por el Contratista, con una central telefónica Cisco Call Manager (propiedad de ONP), ubicada en la sede central y como mínimo un puerto de voz FXO en cada una de las ubicaciones remotas (oficinas departamentales y zonales).

Nota:

Es necesario indicar que los dos enlaces primarios E1's, deberán ser configurados tanto como entrada y salida en coordinación con la ONP.

La ONP proveerá la central telefónica IP Cisco Call Manager, el Gateway de voz y las interfaces para la conexión de los enlaces E1. El esquema típico de comunicaciones se presenta en el Anexo N° 01 – A "Diagrama General del sistema de interconexión de redes".

13. Esta indicación fue nuevamente mencionada por la ONP en la consulta N° 11 realizada por TELEFÓNICA⁷, señalando lo siguiente:

"Consulta N° 11 (Ref.: Anexo N° 01, Pág. 12 – literal c), indica que:

Para las comunicaciones de voz, el sistema de interconexión está configurado por soportar voz sobre IP mediante la conexión de dos enlaces E1, la cual será provista por el Contratista con una central telefónica Cisco Call Manager". Favor de confirmar que el contratista sólo proveerá los dos enlaces E1 y la ONP proveerá la central telefónica IP, y Gateway de voz con las interfaces para la conexión de los enlaces E1".

⁷ Dato obtenido en el segundo punto de la Carta N° TDA-GPV-8402300-C-0275-2011 de fecha 28 de abril de 2011, emitida por TELEFÓNICA.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

Respuesta de la ONP proveerá la central telefónica IP Cisco Call Manager, el Gateway de voz y las interfaces para la conexión de los enlaces E1". (El subrayado es nuestro)

14. Teniendo en consideración que las respuestas a las consultas son parte integrante a las BASES, TELEFÓNICA plasmó en el punto 4.2. de la Propuesta Técnica, lo señalado en la consulta 11, de la siguiente manera:

"En virtud de las necesidades del servicio de telefonía básica que requiere la ONP, TELEFÓNICA ofrece dicho servicio con las siguientes características:

TELEFÓNICA proveerá, instalará y configurará a todo costo dos enlaces primarios. Esto enlaces E1's serán configurados tanto como entrada y salida en coordinación con la División de Administración de Sistemas de la ONP. Se precisa que, conforme al Pliego de Absolución de Consultas (consulta 01 de TELEFÓNICA), la ONP será responsable del router de voz, la central Cisco Call Manager, el software de tarificación y los UPS, así como el ambiente de Centro de Cómputo para su custodia. TELEFÓNICA será responsable del equipamiento y su configuración para brindar la solución solicitada. Así mismo se precisa que, conforme al Pliego de Absolución de Consultas (consulta 11 de TELEFÓNICA), la ONP proveerá las interfaces de conexión de los enlaces E1". (El subrayado es nuestro)

15. Asimismo, en el punto 05.1. Equipos de Comunicaciones de la Propuesta Técnica, se indica lo siguiente:

"La arquitectura de comunicaciones en la Sede Central de ONP se soporta mediante un dispositivo de interconexión especializado: Huawei Mux Metro 1000. Este equipo permitirá el acceso a la red RDSI de TELEFÓNICA vía fibra óptica. Para esto, este equipo proveerá dos (02) interfaces E1 (G.703), que permitirán la conexión hacia la red RDSI de TELEFÓNICA para el transporte de voz de 60 canales de voz. Estas interfaces E1 se deberán conectar al Gateway de voz de propiedad de ONP a fin de brindar la comunicación de telefonía fija para 60 canales. El equipo Huawei Mux Metro 1000 es el mismo que forma parte de la solución de TELEFÓNICA para los ítems 1 y 3 para el CP N° 0008-2007-ONP

Para los enlaces de contingencia del servicio de telefónica fija, se ha considerado dos (02) pares de cobre, donde cada uno llevará un E1 (30 canales), terminando en interfaces G.703 para ser conectado al Gateway de voz propiedad de la ONP".

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

16. Además, es importante tener presente que de acuerdo a lo señalado en el punto 05.1 Enlace de Contingencia de la Propuesta Técnica, la ONP no solo se obligó a proveer las interfaces, sino que también se comprometió a proveer una adicional en caso de contingencia.

05.1 (...) ENLACE DE CONTINGENCIA

(...)

La ONP deberá coordinar con su proveedor del equipo gateway de voz y central IP Cisco Call Manager a fin de que los configuren, para proveer la solución de contingencia, en caso el enlace principal de fibra óptica no estuviera disponible, y en el caso de las llamadas salientes. Así mismo [sic], la ONP deberá proveer una (01) interfaz E1 adicional en su Gateway de voz, a fin de que se encaminen las llamadas telefónicas, en caso el enlace de fibra no estuviera disponible". (El subrayado es nuestro)

17. En consecuencia de lo manifestado en el concurso público, el Tribunal entiende que entre los equipos que la ONP se había comprometido a proveer se encontraban las interfaces de conexión de los enlaces E1, por lo que asumió la responsabilidad del buen funcionamiento de estos.
18. Cabe precisar que al obligarse la ONP a proveer dicho equipo, no realizó la especificación señalada en su Carta N° 033-2011-OT/ONP, haciéndose responsable de los interfaces en general y no solamente las interfaces relacionadas a las tarjetas del Gateway de Voz.
19. Ahora bien, según indica TELEFÓNICA, el día de la instalación del servicio la empresa facilitó un cable de interface (Cable 2) para conectar el Multiplexor de TELEFÓNICA con el Gateway de Voz de la ONP, así como un conversor Balun de Cable 1 y Cable 2, ante un pedido de la ONP y a fin de dar inicio al servicio, afirmación que no ha sido negada por la ONP.
20. El Tribunal es de la opinión que, si bien TELEFÓNICA terminó brindado el equipo de conexión denominado interface, era la ONP la encargada de proveerlo y la responsable de su funcionamiento, ya que esta obligación quedó plasmada en las BASES y en la absolución de la consulta que forma parte de las BASES.
21. Determinado que la ONP era el responsable del funcionamiento del Cable 2 de interfaces de conexión, corresponde analizar si era o no obligación de TELEFÓNICA realizar la atención y reparación sobre una avería en dicho equipo.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

22. De acuerdo a lo señalado en el punto 2 del documento denominado "Mantenimiento preventivo y correctivo de enlaces primarios", se advierte que TELEFÓNICA se comprometió a cumplir con el siguiente programa de mantenimiento correctivo:

"Las actividades contempladas en los servicios de soporte y mantenimiento, referidas a problemas graves, urgentes y no críticas, se estructuran en tres niveles de actuación, estableciéndose en cada uno de ellos un conjunto de acciones definidas y encaminadas a la resolución del problema o su escalado al nivel superior.

Dentro del proceso de Mantenimiento se cuenta con el Programa de Mantenimiento Preventivo con el cual se verifica el correcto funcionamiento de los equipos instalados en el Cliente. En el primer nivel del Programa de Mantenimiento Correctivo se cuenta con la intervención del NOC⁸ el cual se realiza un diagnostico previo de los equipos de comunicaciones; el segundo nivel facilita la reparación "in situ" de las averías. En este nivel se realiza la verificación del equipo de comunicaciones que entregan las interfaces E1, interviniendo fundamentalmente ante problemas de Hardware y/o Software que involucran un cambio o rectificación del mismo.

En el tercer nivel, el soporte técnico resuelve problemas que requieren solucionar las problemas no resueltos en el segundo nivel y que se requiera coordinaciones con los proveedores o fabricantes de los equipos".
(El subrayado es nuestro)

23. Asimismo, en el punto 2.2 del documento denominado "Procedimiento de atención de averías en enlaces primarios RDSI", se precisó el procedimiento a seguir en el supuesto de una avería, indicándose lo siguiente:

"(...)

A continuación TELEFÓNICA realiza una primera revisión de las características del servicio que tiene asociado el CLIENTE por los enlaces PRI-RDSI que tiene contratado, haciendo la consulta a los sistemas comerciales que dispone TELEFÓNICA.

Igualmente se hace una primera verificación a nivel de conmutación y transmisión de los enlaces PRI-RDSI que tiene contratado el CLIENTE.

⁸ Según lo indicado en el documento denominado "Procedimiento de atención de averías de enlaces primarios RDSI" adjunto a la Propuesta Técnica, el NOC esta definición como el Network Operation Center, es decir el Centro de Operaciones de Red.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

De encontrar la solución a la avería reportada en este nivel, se deriva al área de Despacho para realizar la liquidación técnica de la avería.

De no encontrarse solución a la avería en este primer nivel, se deriva al área de control y Despacho de avería y determinar si el enlace PRI RDSI presenta un problema a nivel de conmutación o de transmisión.

Si el problema se encuentra en la red de TELEFÓNICA, ya se Conmutación (CX) o Transmisiones (TX) se toman las acciones que sean pertinentes, pudiendo ser necesario una revisión de la planta interna o externa, a fin de restablecer el servicio.

Si el problema se encuentra en la casa del CLIENTE, se toma las acciones que sean pertinentes, pudiendo ser necesario una revisión de la planta interna de las instalaciones de EL CLIENTE, a fin de restablecer el servicio.

En cualquiera de los casos, una vez resuelta la avería, se deriva al área de Despacho para realizar la liquidación técnica de la avería.

Luego, se registra en la Base de Datos del sistema de atención de averías y se liquida la avería previa confirmación y satisfacción del CLIENTE". (El subrayado es nuestro)

24. De lo expuesto, se advierte que TELEFÓNICA se comprometió a realizar una inspección minuciosa a fin de detectar el origen de la avería; sin embargo, según lo señala en el punto E) de las BASES denominado "Mantenimiento Correctivo", la reparación de las averías se limitaba a los equipos proporcionados por TELEFÓNICA.

04.4.2. Mantenimiento Correctivo

"El contratista brindará el servicio de mantenimiento correctivo para los equipos que presente fallas, dicho servicio contendrá tanto la mano de obra como los repuestos necesarios.

El contratista brindará el servicio de mantenimiento correctivo sin limite de intervenciones ni de repuestos, para corregir un desperfecto y retornar los equipos a su estado operativo, siempre y cuando el desperfecto de los mismos se deba a fallas producidas por su uso normal o en su defecto, [a] fallas imputables al Contratista. En la actualidad se cuenta con pozo de tierra en todas las oficinas de ONP y se prevé que todas las oficinas cuenten con UPS.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

El servicio de mantenimiento correctivo se dará en la modalidad de 7x10x365.

Aquellos equipos cuya reparación no pueda ser realizada en la instalación de ONP y que requieran ser retirados de las oficinas, serán reemplazados por equipos de iguales características técnicas, evitando así, la paralización de las funciones. (El subrayado es nuestro)

25. Lo señalado en las BASES coincide con lo indicado en el punto 04.4.2 de la Propuesta Técnica; sin embargo, aquí TELEFÓNICA precisa lo señalado en la consulta N° 25, respecto a la responsabilidad de la ONP en sus equipos.

04.4.2. Mantenimiento Correctivo

"TELEFÓNICA brindará el servicio de mantenimiento correctivo para los equipos que formen parte del servicio y que presenten fallas. Dicho servicio contendrá tanto la mano de obra como los repuestos necesarios.

TELEFÓNICA brindará el servicio de mantenimiento correctivo sin limite de intervenciones ni de repuestos, para corregir un desperfecto y retornar los equipos a su estado operativo, siempre y cuando el desperfecto de los mismos se deba a fallas producidas por su uso normal o en su defecto, a fallas imputables a TELEFÓNICA.

El servicio de mantenimiento correctivo se dará en la modalidad de 7x10x365.

Aquellos equipos cuya reparación no pueda ser realizada en la instalación de ONP y que requieran ser retirados de las oficinas de ONP, serán reemplazados por equipos de iguales o superiores características técnicas, evitando así, la paralización de las funciones en ONP. Se precisa que conforme al Pliego de Absolución de Consultas (consulta 25 de TELEFÓNICA), si el desperfecto se debe a causas imputables a la ONP, será ésta quien asuma la responsabilidad de restablecer el equipo a su estado operativo". (El subrayado es nuestro)

26. Asimismo debemos tener en cuenta que lo manifestado por TELEFÓNICA en su propuesta técnica, guarda relación con lo precisado por la ONP en el segundo párrafo del punto E). de las BASES, al indicar lo siguiente:

"El Contratista brindará cobertura de servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, sin limite de intervenciones ni de repuestos, para cualquier

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

tipo de desperfecto de hardware a los equipos suministrados en uso enmarcados en el presente proceso de selección. Es decir, se ejecutarán las acciones necesarias para restablecer el equipo a su estado operativo. Si el desperfecto se debe a causas imputables a ONP, será ésta quien asuma la responsabilidad de restablecer el equipo a su estado operativo". (El subrayado es nuestro)

27. De igual manera, en el punto 7.1. de la Propuesta Técnica de TELEFÓNICA, se manifestó expresamente que la responsabilidad de TELEFÓNICA quedaba delimitada a los servicios y bienes indicados en su propuesta.

7.1. RESPONSABILIDADES DE TELEFÓNICA

"TELEFÓNICA cuenta con un apropiado equipo de profesionales orientados al servicio del cliente de primer nivel. Dichos profesionales se encuentran provistos de las herramientas imprescindibles de software, como de hardware. Adicionalmente, TELEFÓNICA cuenta con el respaldo del fabricante, en caso sea necesario el reemplazo de partes ó equipos en caso de defectos de fábrica, por el periodo de Disponibilidad de Servicio y Respuesta ofertados.

Son responsabilidad de TELEFÓNICA.

- ✓ Garantizar la calidad de los servicios y accesorios considerados en el presente propuesta.

DE LOS SERVICIOS POST-VENTA

- ✓ Reemplazo de partes y/o equipos con defectos de fábrica comunicadas por ONP, quedando TELEFÓNICA autorizada a utilizar, en casos extremo, soluciones temporales de no poder efectuarse en forma inmediata un reemplazo de la parte o accesorio averiado.

- ✓ Suministro de las piezas de repuesto necesarias para el reemplazo de partes y/o accesorios objeto del presente proceso, sin costo adicional, solo en caso de defecto de fábrica. Las piezas sustituidas en las intervenciones quedarán en propiedad de TELEFÓNICA". (El subrayado es nuestro)

28. Por lo tanto, de la interpretación conjunta de lo expuesto en las Bases como en la Propuesta Técnica, el Tribunal entiende que la obligación de TELEFÓNICA de efectuar el mantenimiento correctivo de alguna avería se limitaba a los equipos brindados por ellos según la propuesta y que estas sean por causa imputable a TELEFÓNICA. En ese

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

sentido, si la falla se da en un equipo de la ONP o esta se debe a causas imputables a la ONP, la Entidad es el responsable de repararlas.

29. En consecuencia, teniendo como premisa que los cables de interfaces eran responsabilidad de la ONP, puesto que se trataba de equipos que iban a ser proporcionados por esta Entidad, el Tribunal considera que la atención y subsanación de la avería reportada el 24 de febrero de 2011 era responsabilidad de la ONP y no de la TELEFÓNICA.

I.2. DETERMINAR SI TELEFÓNICA INCURRIÓ O NO EN UN RETRASO INJUSTIFICADO DE CIENTO VEINTIÚN (121) HORAS, EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN A SU CARGO CONSISTENTE EN LA ATENCIÓN Y SUBSANACIÓN DE LA INTERRUPTIÓN DEL SERVICIO DE TELEFONÍA BÁSICA REPORTADA EN EL TICKET DE ATENCIÓN N° BAJ0821015.

1. De acuerdo a lo señalado en las BASES el tiempo de respuesta a la atención de las averías debía efectuarse de la siguiente manera:

"Tiempo de Respuestas de las Atenciones – AVERIAS

El tiempo de respuesta máximo para la atención y subsanación de una avería (contada desde que la ONP lo reporta a la ventanilla única, es decir un único punto de contacto para la ONP para el reporte de fallas se le asigna un ticket de atención, hasta la subsanación de la misma a satisfacción de ONP).

El punto de contacto deberá ser un Centro de Llamadas del Contratista del servicio, el cual deberá de ser un número telefónico sin costo para el cliente para las llamadas a nivel nacional, para lo cual el contratista deberá dar la información sobre puntos de contacto a la ONP.

Dicho tiempo será de:

Para el Ítem 1: 2 horas en Lima y 8 horas en provincias.

Para el Ítem 2: 1 hora.

Para el Ítem 3: 1 hora". (El subrayado es nuestro)

2. Sin embargo, en la Propuesta Técnica de TELEFÓNICA, se precisó que el tiempo máximo de respuesta a la atención de las averías dependería de si la responsabilidad en la falla sea atribuible a TELEFÓNICA.

04.3.5. TIEMPO DE RESPUESTA DE LAS ATENCIONES – AVERIAS

"El tiempo de respuesta máximo para la atención y subsanación de una avería (contando desde que la ONP lo reporta a la ventanilla única de TELEFÓNICA, es decir, el único punto de contacto para la ONP para el

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

reporte de fallas asignándosele un ticket de atención, hasta la subsanación de la misma a satisfacción de ONP) será como se indica a continuación.

Tiempo de respuesta máxima para atención y subsanación de averías: 1 hora.

Se precisa que este tiempo de respuesta y subsanación de avería corresponde siempre y cuando la responsabilidad de la avería sea atribuible completamente a TELEFÓNICA.

El punto de contacto para ONP para el servicio ofertado será el Centro de Llamadas de TELEFÓNICA, el cual es un numero telefónico sin costo para la ONP y para llamadas a nivel nacional, para lo cual TELEFÓNICA indica como punto de contacto el numero 0-800-16600, en el cual se encuentra un pool de operadores que atenderán los requerimiento de ONP". (El subrayado es nuestro)

3. Según la ONP, la precisión efectuada por TELEFÓNICA en su propuesta técnica no sería válida ya que esta no sería compatible con lo dispuesto en las BASES, como lo señala el último párrafo de la cláusula Cuarta del CONTRATO.

CUARTA.- OBJETO Y CONTENIDO DEL SERVICIO

"Por este documento, LA ONP contrata a EL CONTRATISTA para que, de acuerdo con las normas legales y operativas vigentes, ejecute y desarrolle, con la mayor calidad y eficiencia, el servicio del ítem 2: servicio de telefonía básica.

Los objetivos, características y prestaciones específicas derivadas de las obligaciones contractuales, se detallan en el presente contrato, en las bases integradas, en las propuestas técnicas y económicas de EL CONTRATISTA, así como en los otros documentos derivados del Concurso Público N° 0008-2007-ONP que establezcan obligaciones para las partes, dejando constancia expresa que todos los documentos aquí mencionados rigen y forman parte integrante de este contrato.

Las condiciones de las propuestas técnicas y económicas se aplicaran siempre y cuando sean compatibles con las bases". (El subrayado es nuestro)

4. Al respecto, el Tribunal considera necesario diferenciar las cláusulas que delimitan el objeto de la obligación de aquellas que limitan y/o exoneran de responsabilidad. Según

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

Zuñiga Palomino⁹, "Las primeras establecen claramente las prestaciones a cargo del deudor, precisando que éste no está obligado a determinada prestación que podría estar relacionada con la prestación a su cargo. (...) [Y] las cláusulas limitativas y/o exonerativas, de otro lado, circunscriben el alcance de las consecuencias del incumplimiento".

5. A fin de tener un mejor punto de análisis, debemos situarnos en la naturaleza del presente CONTRATO. Como lo hemos precisado en líneas anteriores, la finalidad del CONTRATO era brindar un servicio de telefónica básica para la ONP, para lo cual TELEFÓNICA se comprometió a ciertos equipos y la ONP otros, bajo la responsabilidad de cada uno de ellos.
6. En ese sentido, el Tribunal considera que la precisión realizada por TELEFÓNICA es una delimitación del objeto, y no una cláusula limitativa de responsabilidad como lo indica la ONP.
7. Asimismo, es importante tener presente que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado las modificaciones a las bases no permitidas serían aquellas que alteren las características técnicas, el precio, el objeto, el plazo, la calidad y/o las condiciones ofrecidas en el proceso de selección.

Artículo 36°.- DEL CONTRATO.-

"El contrato deberá celebrarse por escrito y se ajustará a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección. El Reglamento señala los casos en que el contrato puede formalizarse con una orden de compra o servicio, a la misma que no se le aplicará lo dispuesto en el Artículo 41° de la presente Ley.

El contrato entra en vigencia cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones, siempre que no impliquen variación alguna en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección." (El subrayado es nuestro)

8. De lo la Propuesta Técnica de TELEFÓNICA se observa que las precisiones efectuadas por TELEFÓNICA no variaron los términos esenciales, ya que eran concordantes con la naturaleza del CONTRATO.

⁹ ZÚÑIGA PALOMINO, Mario. En Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas, al comentar el artículo 1328° del Código Civil. Tomo VI. Gaceta Jurídica. Lima, 2004.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

9. Ahora bien, cabe preguntarse si la precisión efectuada por TELEFÓNICA en su propuesta técnica fuera incompatible con lo establecido en las BASES, la ONP hubiera otorgado la Buena Pro a TELEFÓNICA. Efectivamente, dentro del proceso de selección la ONP tiene como obligación evaluar las propuestas técnicas realizadas por los postores¹⁰, debiéndose percatar de cualquier término que no cumpla con las condiciones determinada en las BASES.
10. En tal sentido, resulta contradictoria la conducta de la ONP al indicar que esta delimitación efectuada por TELEFÓNICA sería una modificación incompatible con las BASES, pues el Tribunal observa que lo que existe es una delimitación al servicio a brindarse, y en consecuencia, una precisión basada en la naturaleza del CONTRATO.
11. Teniendo en consideración lo expuesto en el punto controvertido anterior, en donde se ha determinado que la atención y subsanación de la avería en la interface no era prestación ni responsabilidad de TELEFÓNICA, sino de la ONP; el Tribunal entiende que, de acuerdo a lo precisado en 04.3.5 de la propuesta técnica, no ha existido un retraso injustificado como lo manifiesta la ONP.
12. Finalmente el Tribunal advierte que, si bien la ONP ha sostenido en su escrito de contestación de la demanda un supuesto incumplimiento por parte de la TELEFÓNICA de informar el resultado de la revisión de la avería, este punto no es materia controvertida en el presente proceso, ya que ello no ha sido debidamente planteado como pretensión de la demanda, ni ha sido materia de reconvención por parte de la ONP.

¹⁰ La obligación de evaluar las Propuestas presentadas la encontramos plasmadas en el artículo 31° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 71° del Reglamento de dicha Ley.

Artículo 31.- Evaluación y calificación de propuestas

"El método de evaluación y calificación de propuestas que será establecido en el Reglamento debe objetivamente permitir una selección de la calidad y tecnología requeridas, dentro de los plazos más convenientes y al mejor costo total.

El referido método deberá exigir la presentación de los documentos estrictamente necesarios por parte de los postores.

(...)".

Artículo 71.- Evaluación de propuestas

"La evaluación de propuestas se sujeta a las siguientes reglas:

1. Etapa de evaluación técnica:

a) El Comité Especial evaluará cada propuesta de acuerdo con las Bases y conforme a una escala que sumará cien (100) puntos.

b) Para acceder a la evaluación de las propuestas económicas, las propuestas técnicas deberán alcanzar el puntaje mínimo de sesenta (60), salvo en el caso de la contratación de servicios y consultoría en que el puntaje mínimo será de ochenta (80).

Las propuestas técnicas que no alcancen dicho puntaje serán descalificadas en esta etapa.

(...)".

Telefónica del Perú S.A.A
Oficina de Normalización Previsional - ONP
Arbitraje de Derecho

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

I.3. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO APLICAR A TELEFÓNICA LA PENALIDAD ESTABLECIDA EN EL LITERAL F) DEL ANEXO N° 01- "TÉRMINOS DE REFERENCIA DEL SERVICIO", DE LAS BASES INTEGRADAS DEL CONCURSO PÚBLICO N° 0008-2007-ONP POR LA DEMORA EN LA ATENCIÓN Y SUBSANACIÓN DEL TICKET DE ATENCIÓN N° BAJ0821015.

I.4. DETERMINAR SI TELEFÓNICA SE ENCUENTRA O NO OBLIGADA A EFECTUAR EL PAGO POR CONCEPTO DE PENALIDADES ASCENDENTE A S/ 435, 600.00 (CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CON 00/100 NUEVOS SOLES) IMPUESTA POR LA ONP MEDIANTE CARTA N° 017-2011-OTI/ONP DE FECHA 15 DE ABRIL DE 2011.

1. Mediante Carta N° 017-2011-OTI/ONP de fecha 19 de abril de 2011, la ONP comunicó a TELEFÓNICA la aplicación de una penalidad de 121 UIT, de acuerdo a lo establecido en el literal F) Penalidades en los Términos de Referencia de las BASES del CONTRATO. Asimismo, otorgó un plazo de cinco (5) días útiles para que proceda a efectuar sus descargos.
2. Por Carta N° TDA-GPV-84023000-C-0275-2011 de fecha 28 de abril de 2011, TELEFÓNICA dio respuesta a la carta de la ONP, oponiéndose a la penalidad establecida por la ONP.
3. Por Carta N° 03452-2011-OTI/ONP de fecha 7 de septiembre de 2011¹¹, la ONP precisó que la penalidad establecida a TELEFÓNICA se basaba en lo dispuesto en el inciso a) del literal F) de los Términos de Referencia de las BASES, el cual establece lo siguiente:

a) *"Por incumplimiento en los niveles de servicio comprometidos en cuando a disponibilidad y tiempo de respuesta de averías, por cada hora adicional a lo comprometido por el contratista, se cobrará una penalidad equivalente a una (1) UIT por evento". (El subrayado es nuestro)*

4. Según la ONP, la penalidad impuesta a TELEFÓNICA asciende a la suma de S/. 435,600.00 (Cuatrocientos Treinta y Cinco Mil Seiscientos y 00/100 Nuevos Soles), equivalente a 121 horas de retraso.
5. De acuerdo a lo señalado en los artículos 222° y 223° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, las penalidades pueden producirse por un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones o por otras circunstancias siempre y cuando estas sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la

¹¹ Documento que obra en el Expediente como Anexo 1-K de la demanda arbitral.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

convocatoria; para lo cual las penalidades deben encontrarse determinadas en cada contrato específico.

6. En el caso en concreto, las penalidades fueron especificadas en la cláusula Duodécima del CONTRATO, al establecerse lo siguiente:

DUODÉCIMA.- PENALIDADES APLICABLES AL CONTRATISTA

"EL CONTRATISTA se obliga a asumir la penalidad prevista en el artículo 222° del Reglamento de la Ley, por retraso injustificado en al ejecución de las prestaciones objeto del contrato. LA ONP aplicará a EL CONTRATISTA una penalidad por cada día de retraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual, de acuerdo a la formula descrita en el artículo 222° antes citado. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta y/o del pago final. En caso que se llegase a cubrir el monto máximo de la penalidad por la mora, LA ONP podrá resolver el contrato por incumplimiento de obligaciones.

Adicionalmente, se aplicarán las penalidades contempladas en el literal F del Anexo N° 01 de las bases integradas del Concurso Público N° 0008-2007-ONP.

De aplicarse una o más de las penalidades señaladas en la Ley y en el presente contrato, LA ONP podrá deducir los importes respectivos directamente del monto del (de los) comprobantes(s) de pago pendiente(s), sin perjuicio de la resolución del contrato y las acciones contractuales y legales a que hubiere lugar". (El subrayado es nuestro)

7. Asimismo, en el literal a) del numeral 4.5. de la Propuesta Técnica se señala que:

04.5. PENALIDADES

"TELEFÓNICA acepta que se definan las siguientes penalidades para el presente servicio:

a) por Incumplimiento en los niveles de servicio comprometidos en cuanto a disponibilidad y tiempo de respuesta de avería, por cada hora adicional a lo comprometido por TELEFÓNICA, ONP cobre una penalidad equivalente a una (1) UIT por evento.

Se precisa que lo anterior se acepta siempre y cuando las averías que produzcan una discontinuidad en el servicio (y que influyen en el nivel de

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

disponibilidad del servicio y tiempo de respuesta ofertados) se deban exclusivamente a TELEFÓNICA.
(...)" (El subrayado es nuestro)

8. En el acápite 3.8 del Acuerdo de Niveles de Servicios se precisa lo siguiente:

3.8. PENALIDADES

"Telefónica acepta que se definan las siguientes penalidades para el presente servicio: a) por incumplimiento en los niveles de servicio comprometidos en cuanto a la disponibilidad y tiempo de respuesta de avería, por cada hora adicional a lo comprometido por Telefónica, el cliente cobre una penalidades equivalente a una (01) UIT por evento. Se precisa que lo anterior se acepta siempre y cuando las averías que produzcan una discontinuidad en el servicio se deban exclusivamente a Telefónica". (El subrayado es nuestro)

9. De lo expuesto en los párrafos anteriores, el Tribunal ha determinado que no ha existido un incumplimiento en el retraso de la atención y subsanación de la avería imputable a TELEFÓNICA; por lo que no puede aplicarse la penalidad impuesta por la ONP.

1.5. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE LA ONP REEMBOSE LOS COSTOS Y COSTAS INCURRIDOS EN EL PRESENTE ARBITRAJE POR TELEFÓNICA.

1. Antes de comenzar a determinar este punto controvertido, es necesario precisar que, en los numerales 41 y 42 del Acta de Instalación del Tribunal, se estableció como anticipo de honorarios de cada Árbitro la suma neta de S/. 10,000.00 (Diez Mil y 00/100 Nuevos Soles) y como anticipo de los honorarios de la Secretaria Arbitral, la suma neta de S/. 5,000.00 (Cinco Mil con 00/100 Nuevos Soles), montos que fueron divididos en partes iguales con el fin de que sean asumidos por cada una de las partes intervinientes.
2. De acuerdo con lo pactado en el numeral 47 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, los honorarios definitivos se fijarán en el Laudo Arbitral, mediante la suma de los anticipos determinados durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta el monto en disputa, las pretensiones de las partes y considerando la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y el secretario y cualquier otra circunstancia pertinente.
3. Siendo así, este Tribunal Arbitral considera pertinente fijar los honorarios definitivos del Tribunal Arbitral en la suma de S/. 10,000.00 para cada árbitro, y los honorarios definitivos de la secretaria arbitral en la suma de S/. 5,000.00 netos, montos que fueron pagados en partes iguales por TELEFÓNICA y ONP.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

4. Al respecto, el artículo 69° de la Ley de Arbitraje, establece que:

Artículo 69°.- Libertad para determinar costos.

"Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título".

5. Del contenido de la cláusula arbitral establecida en el CONTRATO, se advierte que las partes no se pronunciaron sobre la regulación de los costos del presente arbitraje, por tanto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, el Tribunal tiene la facultad de disponer lo que considere conveniente, siempre y cuando se sujete a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.
6. A su vez, la Ley de Arbitraje faculta a los árbitros, a falta de acuerdo de las partes, a determinar que los costos del arbitraje sean de cargo de la parte vencida, o a distribuir y prorratear estos costos entre las partes, en caso estime que es razonable, de acuerdo a lo que se estipula en el artículo 73° de la referida norma, cuyo texto reproduciremos a continuación:

Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos.

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

7. Respecto del tema, el Tribunal Arbitral entiende que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos la conducta procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, por lo que corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas que incurrió y debió de incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de los árbitros, su defensa legal, etc.
8. En consecuencia, el Tribunal Arbitral considera que cada una de las partes debe asumir el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

Telefónica del Perú S.A.A
Oficina de Normalización Previsional - ONP
Arbitraje de Derecho

Oswaldo Hundskopf Exebio
Gonzalo García Calderon Moreyra
Alonso Morales Acosta

LAUDA:

PRIMERO: Declarar FUNDADA la pretensión principal de TELEFÓNICA de demanda arbitral. En consecuencia, corresponde al Tribunal declarar que TELEFÓNICA no se encuentra obligada a efectuar el pago de la penalidad, ascendiente a S/.435,600.00 (Cuatrocientos Treinta y Cinco Mil Seiscientos y 00/100 Nuevos Soles), impuesta por la ONP en su carta N° 017-2011-OTI/ONP de fecha 15 de abril de 2011.

SEGUNDO: Fijar los honorarios definitivos del Tribunal Arbitral en la suma de S/. 10,000.00 para cada árbitro, y los honorarios definitivos de la secretaria arbitral en la suma de S/. 5,000 netos, montos que fueron pagados por las partes; y, declarar que las costas y costos del presente proceso arbitral, deben ser asumidas en partes iguales por TELEFÓNICA y ONP.

Notifíquese a las partes.


OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO
Presidente del Tribunal


ALONSO MORALES ACOSTA
Árbitro


**GONZALO GARCÍA CALDERON
MOREYRA**
Árbitro


LAURA CERNA GUEVARA
Secretaría Arbitral