

*Laudo Arbitral de Derecho
Árbitro Único*

Dr. Jorge Alberto Balbi Calmet

Lima, 30 de noviembre de 2015

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

SCYTL PERU SAC

En adelante la **CONTRATISTA**.

Demandado:

OFICINA DE PROCESOS ELECTORALES - ONPE

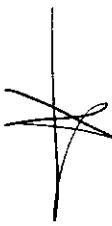
En adelante la **ENTIDAD**

Árbitro Único:

JORGE BALBI CALMET

Secretaria Arbitral:

HELENA MURGUÍA GARCÍA


En la ciudad de Lima, con fecha 30 de noviembre de 2015 en la sede arbitral ubicada en Av. Pablo Carriquiri 349 - San Isidro, provincia y departamento de Lima, el Árbitro Único emite el siguiente laudo Arbitral de Derecho, en el proceso arbitral iniciado por la empresa SCYTL PERÚ SAC contra la OFICINA DE PROCESOS ELECTORALES – ONPE.

Resolución N° 7

Lima, 30 de noviembre de 2015

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Con fecha 18 de julio de 2015, SCYTL PERU SAC, en adelante el Contratista, suscribió con la Oficina de Procesos Electorales -ONPE, en adelante la Entidad, el Contrato N° 062-2014-ONPE, en adelante **EL CONTRATO**, con la finalidad

que el Contratista proporcione un software electoral en red como servicio en el marco de las elecciones regionales y municipales 2014.

- 1.2 El monto del contrato se estableció en S/. 319 933.00 (Trescientos diecinueve mil novecientos treinta y tres y 00/100 Nuevos Soles).
- 1.3 En la ejecución del Contrato surgieron controversias entre las partes que originaron que la ONPE resolviera el contrato de manera parcial; en respuesta a ello SCYTL presentó el 23 de enero de 2015 su solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en el Contrato.

II. EL PROCESO ARBITRAL

- **El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral**

- 2.1 La cláusula Decimo Quinta del Contrato N° 062-2014-ONPE, contrato de "Software Electoral en Red como servicio en el Marco de las Elecciones Regionales y Municipales 2014- ERM" señala que:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175° y 177° del reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.

El arbitraje será realizado con árbitro ad-hoc y único, elegido por ambas partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 220° del Reglamento.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

- **Actuaciones preliminar del Árbitro Único**

- 2.2 Con fecha 17.06.2015, se instaló el Árbitro Único en las instalaciones del OSCE ubicadas en Av. Gregorio Escobedo cuadra 7 s/n – Jesus Maria – Lima, con presencia y participación de las partes. En este acto se señalaron las reglas del

proceso y se fijaron los anticipos de honorarios del árbitro y de la secretaría arbitral.

- 2.3 Con fecha 09.07.2015, SCYTL presentó su escrito de demanda, el mismo que procedió a ser admitido mediante Resolución N° 01, de fecha 15.07.2015, corriéndose traslado de dicho escrito a la ONPE, para que cumpla con contestarla en un plazo de (15) días hábiles, conforme a su derecho.
- 2.4 Con fecha 13.08.2015, la ONPE contestó la demanda, por lo que mediante Resolución N° 2, de fecha 14.08.2015 se procedió a admitir a trámite la contestación de la demanda, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios, y, poniéndose en conocimiento de la demandante.
- 2.5 Asimismo, mediante la referida Resolución N° 2 se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, a efectos de (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Árbitro único; (ii) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; otorgándoseles un plazo de (03) días hábiles para que, de considerarlo conveniente a su derecho, remitan sus propuestas de puntos controvertidos.
- 2.6 Mediante escrito de fecha 20.08.2015 la ONPE presentó su propuesta de puntos controvertidos.
- 2.7 Con fecha 10.09.2015, en la sede del Órgano Arbitral, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, reuniéndose el Árbitro Único, Dr. Jorge Alberto Balbi Calmet, conjuntamente con las partes involucradas en el presente proceso arbitral.
- 2.8 En cuanto a la conciliación, luego de que el Árbitro Único exhortara a las partes a fin de que arriben a un acuerdo conciliatorio, las mismas señalaron que por el momento no es posible llegar a dicho acuerdo, no obstante ello, se dejó abierta la posibilidad de que ambas partes logren promoverlo en cualquier etapa del proceso.

Seguidamente, el Árbitro Único procedió a fijar los puntos controvertidos:

- (i) Determinar si corresponde que se revoque la resolución parcial del Contrato N° 062-2014-ONPE, al haberse aplicado un procedimiento no contemplado en el contrato ni en las bases del proceso.
- (ii) Determinar si en lugar de dicha revocatoria, corresponde se declare resolución parcial del mismo, en la parte relativa a la prestación adicional, sin responsabilidad de las partes.
- (iii) Determinar si dicha nueva resolución parcial correspondería a una responsabilidad imputable a ambas partes.
- (iv) Determinar si revocada la resolución irregular, correspondería que la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE, efectúe el pago de S/. 63 200, equivalente al 80% de las prestaciones ejecutadas por el demandante con ocasión de las prestaciones adicionales ejecutadas.
- (v) Determinar si corresponde que el demandado asuma las costas y costos del proceso arbitral, incluyendo los honorarios del Árbitro Único, de la Secretaría Arbitral, pago de tasas, honorarios de la defensa, gastos notariales y los que sean liquidados en su oportunidad.

2.9 En lo atinente a la Admisión y actuación de medios probatorios, no habiéndose interpuesto tachas ni oposiciones contra los medios probatorios propuestos, se procedieron a admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes en sus escritos:

a) De SCYTL:

Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante en su escrito de demanda contenidos en el acápite III y IV del escrito de demanda

b) De ONPE:

Se admiten todos los medios probatorios ofrecidos por la parte demandada en el apartado "MEDIOS PROBATORIOS" en su escrito de contestación de la demanda

- 2.10 Mediante Resolución N° 4, se declaró el cierre de la etapa probatoria, otorgándosele a las partes el plazo de (05) días hábiles para la presentación de sus alegatos y conclusiones finales, así como para solicitar informes orales.
- 2.11 Que, con fecha 30.09.2015, la DEMANDANTE, así como la ONPE, cumplieron con presentar, dentro del plazo otorgado, sus alegatos y conclusiones finales.
- 2.12 Mediante Resolución N° 5, de fecha 07.10.2015 se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 20.10.2015 en la sede del Órgano Arbitral.
- 2.13 Con fecha 20.10.2015, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, donde se dejó constancia de la asistencia de ambas partes, quienes hicieron uso de la palabra exponiendo y sustentando cada una sus posiciones.
- 2.14 Con fecha 23.10.2015, ambas partes presentaron escritos de conclusiones finales.
- 2.15 Mediante Resolución N° 6 de fecha 26 de octubre de 2015 se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la resolución.
- 2.16 En este punto cabe indicar que, en lo referido al proceso arbitral, principalmente en los aspectos relacionados con el derecho de defensa y el debido proceso desarrollado en el presente arbitraje, ambas partes han tenido oportunidad suficiente para exponer sus posiciones al Árbitro Único; así como también de manifestar lo correspondiente a su derecho en relación a todas las actuaciones arbitrales suscitadas y las resoluciones emitidas.
- 2.17 De igual modo, de conformidad con lo establecido en el numeral 18 del Acta de Instalación de fecha 17.06.2015, "Las partes acuerdan expresamente que la parte que prosiga con el arbitraje, a sabiendas que no se ha cumplido con alguna disposición normativa o regla procesal fijada por el Árbitro Único sin expresar su

objeción a tal incumplimiento dentro del plazo de 5 días, a partir de la fecha en que tenga conocimiento del mismo, se tendrá por renunciado su derecho a objetar y convalidado el eventual vicio incurrido”.

2.18 En concordancia con lo anterior, queda demostrado por lo actuado a la fecha del Laudo que no ha existido “error in procedendo” en el presente arbitraje que pueda ser materia de causal alguna para sustentar la anulación del presente arbitraje, en razón a que ninguna de las partes ha formulado reclamo o denuncia sobre algún incumplimiento en el desarrollo del presente proceso que pueda generar vicio alguno de anulación.

- Posiciones de las partes

DEMANDA PRESENTADA POR SCYTL


Petitorio

2.19 SCYTL, dentro del plazo dispuesto por el Árbitro Único en el numeral 26 del Acta de Instalación de fecha 17.06.2015, presentó su demanda mediante escrito N° 01 con fecha 09.07.2015, indicando las siguientes pretensiones:

PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, se revoque la resolución parcial del Contrato N° 062-2014-ONPE, dispuesta por la ONPE, al haber aplicado dicha entidad un procedimiento no contemplado en el contrato ni en las bases del proceso, ni en la propuesta técnica presentada por SCYTL PERÚ S.A.C., y en su lugar se declare la resolución parcial del mismo, en la parte relativa a la prestación adicional, sin responsabilidad de las partes.

PRETENSIÓN ALTERNATIVA A NUESTRA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, se revoque la resolución parcial del Contrato N° 062-2014-ONPE y en su lugar se declare la resolución parcial del mismo, en la parte relativa a la prestación adicional, dado que la

circunstancia que motivo el impase ocurrido el día de las elecciones obedeció a un tema de responsabilidad compartida.

PRIMERA ACCESORIA: Que, como consecuencia de revocar la resolución parcial del contrato, solicitamos que se ordene a la ONPE efectuar el pago a favor de nuestra empresa de la suma ascendente a S/. 63,200.00 equivalente al 80% de las prestaciones ejecutadas por SCYTL PERÚ S.A.C. con ocasión de las prestaciones adicionales ejecutadas.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA: Que, se ordene el pago a nuestro favor de las costas y costos del proceso arbitral, debiendo comprender los honorarios del árbitro, de la secretaría arbitral y las tasas abonadas al OSCE para dar inicio al presente arbitraje, así como los honorarios de nuestro abogado y gastos notariales, los cuales serán liquidados en su oportunidad.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA ONPE:

2.20 La ONPE, mediante escrito de fecha 13.08.2015 contestó la demanda interpuesta, solicitando que ésta sea desestimada.

III. CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE Y LA FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

3.1 Mediante Resolución Nº 2, de fecha 14.08.2015, se citó a las partes a la respectiva Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos para el día 10 de setiembre de 2015.

3.2 En la fecha y hora programada, y con la asistencia de ambas partes se llevó a cabo la diligencia; dejando el Árbitro Único claramente establecido que se reservaba el derecho a analizar los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que están señalados en la presente acta, y que si al pronunciarse sobre algún punto controvertido determinaba que carece de objeto pronunciarse

sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podría omitir pronunciarse respecto de ellos expresando las razones de dicha omisión.

Ambas partes manifestaron su conformidad con los puntos controvertidos fijados por el Tribunal, en los términos siguientes:

1. Determinar si corresponde que se revoque la resolución parcial del Contrato N° 062-2014-ONPE, al haberse aplicado un procedimiento no contemplado en el contrato ni en las bases del proceso.
2. Determinar si en lugar de dicha revocatoria, corresponde se declare resolución parcial del mismo, en la parte relativa a la prestación adicional, sin responsabilidad de las partes.
3. Determinar si dicha nueva resolución parcial correspondería a una responsabilidad imputable a ambas partes.
4. Determinar si revocada la resolución irregular, correspondería que la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE, efectúe el pago de S/. 63 200, equivalente al 80% de las prestaciones ejecutadas por el demandante con ocasión de las prestaciones adicionales ejecutadas.
5. Determinar si corresponde que el demandado asuma las costas y costos del proceso arbitral, incluyendo los honorarios del Árbitro Único, de la Secretaría Arbitral, pago de tasas, honorarios de la defensa, gastos notariales y los que sean liquidados en su oportunidad.

IV. CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que en ningún momento se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que SCYTL presentó su demanda dentro del plazo otorgado.
- (iv) Que la ONPE fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa contestándola.
- (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único.
- (vi) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

V. MATERIA CONTROVERTIDA

- 5.1 Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos establecidos, teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Cabe tener presente que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.
- 5.2 Por otro lado, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento en el que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar

hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la partes que las ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó”⁽¹⁾

- 5.3 Asimismo, cabe indicar que en este proceso arbitral se ha valorado los medios probatorios ofrecidos por las partes, así como los escritos y documentos presentados durante todo el proceso arbitral aplicando los principios de legalidad, verdad material y equidad; primando los bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y sin dejar de lado el valor justicia.

VI. ANALISIS DE LAS PRETENSIONES

• PRIMER Y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde que se revoque la resolución parcial del Contrato N° 062-2014-ONPE, al haberse aplicado un procedimiento no contemplado en el contrato ni en las bases del proceso.

Determinar si en lugar de dicha revocatoria, corresponde se declare resolución parcial del mismo, en la parte relativa a la prestación adicional, sin responsabilidad de las partes.

⁽¹⁾ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE:

- 6.1 SCYTL ha señalado que el contrato suscrito con la ONPE se encuentra circunscrito en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, motivo por el cual se debe tener en cuenta lo previsto en dicha normativa.
- 6.2 En base a ello señalan que el artículo 142º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que el contrato está conformado además del documento que lo contiene, por las bases integradas y por la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido señalados en el contrato.
- 6.3 Asimismo, cuestionan la decisión de la Entidad respecto a la resolución de forma parcial del Contrato N° 062-20014-ONPE, puesto que se sustentó en una razón que no estuvo expresamente contemplada en el Contrato, toda vez que la ONPE consideró que el inconveniente surgido el día de las elecciones debía ser superado en un lapso no mayor a 30 minutos, exigencia que no se encontraba expresamente prevista en los documentos que integran el contrato.
- 6.4 Además, señalan que la ONPE en el Acta de Lacreado del Servidor Principal de Voto Electrónico de fecha 7 de diciembre de 2014 señaló:

"ONPE indica que el tiempo establecido para pase a convencional lo establece un procedimiento de contingencia que es 30 min." (sic)

- 6.5 Sin embargo, el numeral 7.3. del Capítulo III de las Bases del proceso, indicaba que: *"El proveedor deberá asegurar un tiempo de solución ante cualquier incidente menor a cuatro (4) horas; a excepción del día cuando se realice el Simulacro Nacional y el día del Proceso Electoral de ERM 2014, que deberá ser solucionado en el menor tiempo posible."* En base a ello señalan que las

bases no establecieron que cualquier incidente ocurrido el día de las elecciones debía ser superado en un lapso no mayor a 30 minutos.

6.6 SCYTL señala que de haber permitido la ONPE que los técnicos de SCYTL resuelvan el incidente; estos hubiesen logrado superar el impasse mediante la aplicación de procedimientos de contingencia, adquiridos por su experiencia en la industria, en un lapso aproximado de 90 minutos.

6.7 El referido procedimiento permitía la impresión automatizada de todos los documentos de escrutinio por cada mesa de votación con los resultados del mismo y su posterior transmisión automatizada de los resultados hacia el centro de datos de ONPE. De acuerdo a dicho procedimiento de contingencia, los resultados pudieron haber sido obtenidos mediante dos formas:

- a) A través de la utilización de la funcionalidad del sistema llamado "Cotejo", procediendo al escaneo de las constancias de votación de cada mesa, las mismas que al momento de la votación fueron impresas con un código óptico seguro.
- b) Utilizando el escrutinio convencional a través del conteo manual de las constancias de votación que contienen las preferencias de los electores.

6.8 Con el escrutinio obtenido del procedimiento anterior en cualquiera de las dos formas antes mencionadas se abastece de los datos para proseguir con los pasos dirigidos al cierre del proceso electoral por cada mesa.

6.9 El demandante afirma que terminado el proceso anterior se procedería a reinicializar cada Cabina de Votación Electrónica (CVE) y seguir el flujo habitual antes de la obtención de resultados.

6.10 Con lo expuesto SCYTL señala que la solución es capaz de imprimir electrónicamente las actas correspondientes y el cartel de resultados de cada mesa de sufragio. Luego se procede a transmitir la información desde cada

mesa de votación (CVE) y es recibida en la Suite de ONPE, completando así el servicio contratado.

6.11 Finalmente, la demandante afirma que este procedimiento de contingencia no pudo ser explicado y demostrado a los funcionarios de la ONPE, ni en el día de la elección ni posteriormente, porque el personal de SCYTL advirtió que adjunto al servidor lacrado se había agregado un paquete que "aparentemente" contenía las tarjetas criptográficas utilizadas el día de la elección, las cuales habían sido retiradas de la mesa de trabajo en el local de votación y lacradas por ONPE el día de la elección, según se informó, pero todo ello sin la presencia de personal de SCYTL, lo que impedía conocer con total certeza la procedencia de dichas tarjetas criptográficas, y por tanto, su autenticidad.

POSICIÓN DE LA ONPE

6.12 La ONPE ha señalado que conforme a los términos de referencia del proceso de selección, que forman parte del Contrato el objeto de la contratación fue el servicio "Software as a Service" (SaaS) de un Software Electoral en Red que permita la autenticación de los electores y la votación electrónica en el marco de las Elecciones Municipales y Regionales 2014.

6.13 Es así que de conformidad con las condiciones generales del Título VI de los Términos de Referencia se estableció respecto al proceso de Escrutinio que:

"i. Escrutinio

- Deberá permitir que el Presidente de la Mesa de Sufragio realice el cierre de la ECI y posteriormente efectuar el cierre de la CVE
- El cierre de la CVE deberá permitir la consolidación de los votos registrados para su respectiva Mesa de Sufragio, así como generar los resultados para el Acta de Escrutinio
- Debe permitir generar las Actas y Reportes que corresponden al proceso de escrutinio

- El Software de votación electrónica en Red debe identificar si los resultados de una Mesa de Sufragio han sido derivados al Jurado Electoral Especial como Acta Observada para no contabilizar dichos votos hasta que el Jurado Electoral Especial resuelva el acta observada

j. Resultados

- Deberá permitir el cierre independiente de cada Mesa de Sufragio, generando las Actas que correspondan, las cuales serán impresas en las CVE
- Deberá obtener el resultado de los votos realizados en las CVE de forma centralizada en la Sede Central de la ONPE cuando se haya confirmado el cierre de todas las Mesas de Sufragio, para lo cual el Comité de Seguridad de Voto Electrónico deberá estar presente para que ingresen su parte de la contraseña (...)

6.14 Por su parte, para el caso de la Contratación de la prestación adicional del servicio se tiene que según la Declaración Jurada presentada por SCYTL, ésta se obligó al estricto cumplimiento de lo requerido por la entidad, esto es, proveer un software que le permitiera a ONPE automatizar los procesos de la jornada electoral de la Segunda Elección.

6.15 Asimismo, señalan que la solución denominada "Voto Electrónico en Red" que ofreció la demandante permitiría a la ONPE contar con mecanismos de control y seguridad, garantizando la confidencialidad, autenticidad, integridad y no repudio en la transmisión de los procesos de la jornada electoral, esto es en los procesos antes de la jornada electoral, la Instalación de la Mesa de Sufragio, el Sufragio o Votación y el Escrutinio, configurándose como un servicio integral y no uno de prestaciones parciales, por cuanto el propósito u objeto del contrato fue contar con una solución que permitiera obtener los resultados de la jornada electoral en forma electrónica.

6.16 No existe controversia entre las partes respecto al hecho producido el día del proceso electoral en el Centro de Votación IEP 20174 del Distrito de Pacarán, donde al término del sufragio en las cinco (5) mesas en las que se aplicó la

solución del Voto Electrónico, el Acta de Escrutinio impresa por el sistema, mostró que todas las agrupaciones políticas tenían cero (0) votos acumulados; sin embargo, el demandante alega que la ONPE no le habría permitido superar este incidente con procedimientos de contingencia que tendrían un tiempo de solución estimado de 90 minutos, luego del cual se abastecería los datos para proseguir con los pasos para el cierre del proceso electoral por cada mesa.

- 6.17 Por su parte, ONPE señala que respecto al incidente suscitado el día de la jornada electoral se tiene que de acuerdo al "Acta de Cierre del Proceso de Voto Electrónico" los miembros del Comité de Seguridad de Voto Electrónico señalan que **A LAS 16:10 HORAS DEL DÍA 07DIC2014 INICIARON EL PROCESO PARA EL CIERRE DE LAS MESAS DE SUFRAGIO CON VOTO ELECTRÓNICO**, el mismo que implicaba las siguientes actividades:
- a.1) Esperar las solicitudes de cierre de las cabinas de votación electrónica.
- a.2) Insertar las tarjetas inteligentes para la reconstrucción de clave privada.
- 6.18 Asimismo, en la citada "Acta de Cierre del Proceso de Voto Electrónico" en el rubro Observaciones se consigna que: *"Dos miembros del Comité de Seguridad de Voto Electrónico efectuaron el proceso de mixing no pudiéndose generar los resultados para cada mesa de sufragio a través del software, por lo cual se procedió a ejecutar el proceso escrutinio convencional en las cinco mesas de votación. Siendo las 4:45pm se da por concluido el acto."*
- 6.19 La demandada señala que según la citada Acta, el tiempo transcurrido desde que se presentó el incidente hasta que se definió el pase al escrutinio convencional, fue de aproximadamente 35 minutos, período en el cual no fue posible subsanar el procedimiento indicado, motivo por el cual se procedió con el escrutinio convencional.
- 6.20 Además de ello, señalan que dentro del procedimiento para la actividad de soporte y activación de los componentes de contingencia frente a cualquier incidente que se suscitara el día del proceso electoral se estableció:

- Según los términos de referencia que forman parte del contrato, tales incidentes debían ser solucionados en el menor tiempo posible.
- En la Nota del Punto 1.9 *Indisponibilidad del Sistema del Voto Electrónico en el Local de Votación*, del Documento OD08-GITE/JEL "Contingencia en el Uso de los Equipos Informáticos Electorales para el Voto Electrónico", aprobado el 03DIC2014, se precisa que: de no restablecer el funcionamiento de los equipos informáticos electorales en el Local de Votación, se coordinará con el Coordinador de Local de Votación para proceder a la votación convencional.
- El Punto 1.1 Generalidades del Documento OD08-GITE/JEL "Contingencia en el Uso de los Equipos Informáticos Electorales para el Voto Electrónico", aprobado el 03DIC2014, en lo concerniente a las actividades a desarrollar y responsables, se prevé niveles de contingencia y tiempos de espera para la activación de la contingencia modalidad Convencional.
- En el documento Procedimiento de Contingencia Software Electoral en Red 062-2014-ONPE v.20141125 elaborado por SCYTL adjunto a la Carta S/N de fecha 02DIC2014, suscrita por el Sr. Alfredo Ruiz Yepez – Jefe de Proyecto SCYTL y dirigida a la Sub Gerencia de Innovación, Investigación y Desarrollo de ONPE, el demandante establece escenarios de contingencia, analizando los riesgos según amenaza, proceso afectado, probabilidad de ocurrencia, tiempo de recuperación, impacto y riesgo. En el caso del tiempo de recuperación se establecen lapsos de inmediatez, 2, 6 y hasta un máximo de 10 minutos, y en otros casos se prevé que ésta corresponde a información de ONPE, los que merecieron observaciones por parte de ONPE y la respuesta pertinente de SCYTL conforme a anexo de la Carta referida.

6.21 Asimismo, señalan que respecto a la solución del incidente por parte del proveedor es importante evidenciar:

- Que éstos no sólo no se encuentran contempladas en el Procedimiento de Contingencia comunicado por SCYTL, así como tampoco en el documento de ONPE que regula las contingencias en el uso de los equipos informáticos electorales para el voto electrónico aprobado por

Código OD08-GITE/JEL, este último al cual tuvo que recurrir la ONPE el día del proceso electoral,

- Que el tiempo que fija SCYTL no sólo no es acorde a los tiempos máximos previstos en su propio Procedimiento de Contingencia sino que además excede considerablemente del tiempo de espera previsto en el documento de ONPE
- 6.22 Es así que, a decir del demandado en caso de validarse el procedimiento citado por SCYTL como solución posible, se deja de lado la característica esencial de los procedimientos electrónicos de votación, que son la inmediatez o rapidez en los resultados, pues de nada serviría automatizar las fases del proceso previas al escrutinio que se desarrollan en idéntico tiempo que el convencional, para luego obtener un resultado mayor tiempo que el ejecutado de manera directa por conteo con los miembros de mesa.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

ANTECEDENTES VINCULADOS A LA PRETENSIÓN

6.23 En base a los hechos señalados por las partes durante el presente proceso se puede resumir y concluir los siguientes hechos relevantes:

- El Contratista se obligó frente a la ONPE a entregar un software electoral en red como servicio en el marco de las elecciones regionales y municipales 2014; servicio que se realizó de manera satisfactoria en cumplimiento de lo dispuesto en el Contrato N° 062-2014-ONPE prestando los siguientes servicios: (i) software de votación electrónica en red; (ii) sistema de autenticación de electores; (iii) configuración y gestión de la elección; (iv) según los resultados de la elección; (v) entrega de actas y documentos electorales establecidos.
- Posteriormente el 14 de noviembre de 2014, ambas partes suscribieron una cláusula adicional para realizar prestaciones adicionales al citado contrato referidas a la elección del Presidente y Vicepresidente Regional 2014

convocada para el día domingo 07 de diciembre de 2014, específicamente en el distrito de Pacarán.

- En la referida fecha, 7 de diciembre del 2014, durante la prestación del servicio se produjeron incidentes al realizarse la aplicación del voto electrónico referidos a que, al término del proceso de sufragio en las cinco (05) mesas donde se aplicó el Voto Electrónico en el distrito de Pacarán; el Acta de Escrutinio impresa por el sistema mostraba que todas las agrupaciones políticas tenían cero (0) votos acumulados.
- Ante ello, los técnicos de SCYTL solicitaron a la ONPE se les permita resolver el incidente, dentro del tiempo previsto en el numeral 7.3. de las bases del proceso (según su interpretación), lo que no fue aceptado por la ONPE concediéndose únicamente 30 minutos para superar el impase, lapso de tiempo que según la ONPE era lo que correspondía; es del caso mencionar que las observaciones no fueron superadas – hecho en el que ambas partes coinciden.
- Como el impase no fue superado los funcionarios de ONPE procedieron a lacrar el servidor y retirarse con el mismo, junto con las tarjetas criptográficas, quedando bajo custodia del ONPE, conforme consta en el "Acta de Lacrado de Servidor Principal de Voto Electrónico", procediendo a desarrollar el conteo de forma convencional.
- Con fecha 5 de enero del año en curso, a través de la Carta Notarial N° 000067-2014-GAD/ONPE, la ONPE comunicó al demandante la resolución parcial del Contrato, por incumplimiento contractual, hecho que originó el inicio de las presentes actuaciones arbitrales.

NORMAS APLICABLES A LA SOLUCION DE LA PRETENSION

6.24 A efectos de analizar el acotado primer punto controvertido, respecto a si corresponde o no revocar la resolución parcial del Contrato ejecutado por ONPE

materia de litis es preciso señalar lo dispuesto en la normativa aplicable a la controversia en discusión. Para ello, es importante citar las siguientes normas.

El artículo 142º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala:

Artículo 142.- Contenido del Contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan,. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado. (Énfasis añadido)

6.25 Por su parte, el literal c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, señala expresamente:

Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá

omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento. (Énfasis añadido)

6.26 Este artículo es complementado con lo dispuesto en los artículos 167° y 168° del Reglamento, los que a su vez señalan:

Artículo 167.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto. (Énfasis añadido)

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o

3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. (...)(Énfasis añadido)

6.27 Es importante tener en consideración que dada la naturaleza de la obligación acordada, esta es una calificada como una obligación de servicio y por ende se reputa como una obligación de hacer, cuya naturaleza jurídica debe ser analizada conforme a las normas aplicables del Código Civil, contenidas en el artículo 1148° y siguientes que a tenor dice:

"Artículo 1148º: Plazo y modo de obligación de hacer

El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la presentación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso".

CONSIDERANDOS QUE SUSTENTAN LA POSICION DEL ARBITRO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO

6.28 Dentro de este contexto el Árbitro Único, tomando en cuenta las posiciones de cada una de las partes, los sucesos expuestos, los medios probatorios presentados y la normativa de contratación pública aplicable al presente contrato considera importante establecer los siguientes hechos y normas jurídicas para la solución de la controversia.

6.29 A tal efecto, el numeral 7.3 de las Bases del Proceso de Selección señalaba que:

"El proveedor deberá asegurar un tiempo de solución ante cualquier incidente menor a cuatro (4) horas; a excepción del día en que se realice el Simulacro Nacional y el día del Proceso Electoral de ERM 2014, que deberá ser solucionado en el menor tiempo posible" (Énfasis añadido)

6.30 De lo anterior se interpreta que el plazo para la solución de cualquier incidente el día del proceso **"debería ser en el menor tiempo posible"** sin especificarse plazo cronológico para tal fin.

6.31 Dentro de este orden de cosas, la discusión para efectos de determinar si la resolución parcial fue aplicada de acuerdo a derecho, está vinculada por esencia a determinar si la inejecución de la obligación producida el 7 de diciembre de 2014 respecto a la entrega del resultado del voto electrónico que no llegó a cumplir con entregarse a la ONPE se produjo por una inejecución en la que esta

no se actuó con la diligencia ordinaria requerida conforme a lo establecido en el Artículo 1314^{2º} del Código Civil, o si por el contrario es de aplicación el Artículo 1317^{3º} del mismo cuerpo normativo que establece que el deudor de la obligación (en este caso de hacer) no responde por la inejecución de la obligación, cuando estas se han producido por causas no imputables a él.

- 6.32 Bajo los alcances anteriores se podrá determinar si la Resolución del Contrato practicada por el acreedor de la obligación (ONPE) se produjo de acuerdo a lo contenido en el artículo 167º y 168º siguientes del Reglamento, señalados en el numeral 6.26, esto es incumplimiento justificado por la parte (SCYTL).
- 6.33 Para los fines de este análisis es importante recordar que conforme a lo pactado por las partes, podría producirse una incidencia con respecto a los resultados del voto electrónico y de ser así que este incidente debería resolverse en el "menor tiempo posible".
- 6.34 Este plazo como se puede apreciar de la literalidad de la cláusula no está fijado de una manera objetiva, real y cronológica sin embargo si para un incidente que se produjera en el simulacro debería solucionarse en menos de 4 horas, es evidente que el día del proceso este tendría que ser menor, lo que tampoco resulta una precisión que tenga objetividad. Por ello el Arbitro debe procurar encontrar la razonabilidad de lo que debe entenderse como menor tiempo posible.
- 6.35 Como ya se ha indicado, para la ONPE, este plazo era de sólo 30 minutos, y para SCYTL era de 90 minutos, plazo que ésta solicitó para poder subsanar y cumplir con su obligación de hacer, al haberse producido el incidente.

² **Inimputabilidad por diligencia ordinaria**

Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

³ **Daños y perjuicios por inejecución no imputable**

Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

- 6.36 Dentro de este contexto, es importante recordar que el Artículo 1148° ya mencionado, señala que la ejecución de la obligación de hacer, debe cumplirse en *“El plazo exigido por la naturaleza de obligación o circunstancias del caso.”*
- 6.37 En este sentido a criterio del Árbitro el plazo solicitado por SCYTL al producirse el denominado “Incidente” si era uno que, bajo el principio de razonabilidad era perfectamente apropiado para que se pudiera cumplir con la ejecución de la obligación, según las circunstancias del caso.
- 6.38 Por lo antes expuesto, este Árbitro Único considera que no se ha demostrado el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista, toda vez que fue el ONPE quien interpretó unilateralmente la obligación de SCYTL de solucionar los imprevistos en 30 minutos, lo que considero era un plazo muy limitado para poder permitir la subsanación del inconveniente y finalmente la prestación del servicio dentro de una circunstancia razonable.
- 6.39 Bajo la premisa anterior podríamos llegar a la conclusión inmediata de que la prestación no se produjo por culpa del acreedor. Sin embargo al llegar a esta conclusión conllevaría a una situación inequitativa pues beneficiaría al deudor (SCYTL) quien tendría el derecho para exigir la contraprestación, lo cual considero que no resulta equitativo y nos atenemos a aplicar el principio de la Buena Fe contenido en el Artículo 1362^{4°} del Código Civil, que consagra que esta debe observarse también en la etapa de ejecución del contrato.
- 6.40 Dentro de este contexto, este juzgador considera que la ONPE no actuó de mala Fe cuando tomó la decisión, si bien unilateral y determinante, de solo conceder 30 minutos para el cumplimiento de la obligación de hacer, ya que como hemos señalado no existe de manera clara, determinante e indubitable en el contrato o en las bases el plazo para la ejecución del servicio en esta situación anómala.

⁴ **Buena Fe**

Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

- 6.41 En consecuencia, resulta que ambas partes no previeron un límite objetivo que pudiera cuantificar el denominado "Menor Tiempo Posible", esto es mayor o menor a 30, 60 o 90 minutos.
- 6.42 Por ello actuando con justicia a criterio de este Juzgador, se considera que la inejecución de la obligación se ha producido por una circunstancia que no puede ser materia de responsabilidad de la parte en el momento que se produjo. Por tanto se considera que la Resolución Parcial ha sido adoptada adecuadamente por la ONPE mas no calificándose esta por responsabilidad del deudor (SCYTL).
- 6.43 Este supuesto se encuentra respaldado en lo señalado por el doctor Osterling Parodi⁵, que a la letra señala:

"Es supuesto en el cual la obligación de hacer a cargo del deudor resulta imposible de ejecución sin culpa del deudor ni del acreedor, vale decir, que ambas partes hubieran actuado con la diligencia requerida, se halla regido por el artículo 1156º del código civil (...)"

- 6.44 Como se advierte, ambas partes contaron con fundamentos legales válidos para no continuar con la prestación de las obligaciones pactadas. Sin embargo, la naturaleza del servicio adicional contratado se encontraba limitada a las Elecciones Municipales y Regionales 2014 a realizarse en segunda vuelta el 7 de diciembre de 2013, por lo que no puede restituirse sus efectos y continuar con la obligación contractual.
- 6.45 Y en ese sentido, atendiendo, a todas las consideraciones referidas precedentemente, este Árbitro considera que debe ampararse la solicitud de revocar la resolución parcial del Contrato, por cuanto no se ha configurado la causal de incumplimiento de obligaciones del Contratista, en razón de **haberse acreditado que la ONPE modificó unilateralmente los términos contractuales, imposibilitando a SCYTL la ejecución de sus obligaciones para superar el incidente.**

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE Mario. Tratado de Derecho de las Obligaciones Segunda Edición Pág. 261. Lima

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si dicha nueva resolución parcial correspondería a una responsabilidad imputable a ambas partes.

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

- 6.46 El contratista ha solicitado de manera alternativa a la pretensión principal, en caso no se acogiese la misma, se revoque la resolución parcial del Contrato N° 062-2014-ONPE dispuesta por la ONPE, declarando en su lugar la resolución parcial del mismo, en la parte relativa a la prestación adicional, sin responsabilidad de las partes.
- 6.47 El sustento radica en que el incidente que se presentó el día de las elecciones, 7 de diciembre de 2014, y que motivó que el sistema mostrase en las 5 mesas donde se realizó el voto electrónico en el Distrito de Pacarán, que todas las agrupaciones políticas tengan cero (0) votos acumulados, pudo haber sido ocasionado por alguno o más de los siguientes eventos:
- a.- Por fallo en el proceso automático de cálculo y obtención de resultados.
 - b.- Por fallos ocurridos en el procedimiento denominado "ceremonia de claves" para iniciar el proceso de obtención de resultados.
 - c.- Por falla física de las tarjetas inteligentes utilizadas en la "ceremonia de claves".
 - d.- Errores de operación.
- 6.48 Conforme se puede apreciar, si bien pudo ocurrir un error en el procesamiento de un sub-módulo y el personal de SCYTL intentó superarlo el día de las elecciones, también es verdad que dicho incidente pudo haberse evitado si el personal de la ONPE hubiera cumplido con sus obligaciones.
- 6.49 En este sentido, el apartado 5.2.1 de la oferta presentada por SCYTL en respuesta a los términos de referencia señala que: "SCYTL entiende que la adaptación, carga de información y validación del sistema será realizada por

SCYTL en el sistema centralizado y debería ser aprobado por ONPE. En cada equipo de votación electrónica sólo será necesario el bastionado y configuración del acceso al sistema centralizado, que se entiende que será realizado por parte del personal técnico designado por SCYTL bajo la supervisión de un (1) técnico especializado provisto por ONPE."

- 6.50 SCYTL señala que si el personal de ONPE hubiera validado y aprobado la configuración de la elección y los certificados digitales necesarios para la elección, ambas partes hubieran podido solventar el incidente sucedido en la elección.
- 6.51 Finalmente, de acuerdo con el numeral 1) del artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, procede la resolución del contrato en caso de el contratista incumpla injustificadamente sus obligaciones contractuales.

POSICIÓN DE LA ONPE

- 6.52 La ONPE señala que resulta incontrovertible en el presente caso que SCYTL no sólo incumplió sus obligaciones contractuales, sino que dicho incumplimiento no podía ser revertido e implicaba la inejecución integral del servicio y por ende ameritó de manera legal la resolución parcial del Contrato por causa atribuible única y directamente al contratista.
- 6.53 En consecuencia, bajo ningún contexto cabría la revocatoria de la resolución parcial efectuada mediante Carta N° 000067-2014-GAD/ONPE no sólo por cuanto el Árbitro no constituye una instancia administrativa o Superior donde se pueda impugnar la resolución contractual sino mas bien cuestionar su validez o eficacia, lo cual es innegable en el presente caso al haberse procedido de acuerdo a ley.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

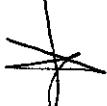
- 6.54 Por las consideraciones expuestas en las pretensiones precedentes del presente laudo, este Órgano Arbitral ha determinado que es procedente la revocatoria de

la Resolución del Contrato, por cuanto ha quedado demostrado que la CONTRATISTA no incurrió en incumplimiento contractual.

6.55 Asimismo, se tiene que de las consideraciones expuestas en dicha pretensión, la finalidad del contrato se encuentra culminada, toda vez que tuvo por finalidad la Adquisición de un Software Electoral en Red como Servicio en el marco de las elecciones regionales y municipales 2014; elección que ya fue concluida; por lo que en la actualidad resultaría imposible continuar para cualquiera de las partes con sus prestaciones.

6.56 En consecuencia, al haberse declarado FUNDADA la primera pretensión principal, no corresponde pronunciarse sobre la pretensión alternativa solicitada por el Contratista.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL


Determinar si revocada la resolución irregular, correspondería que la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE, efectúe el pago de S/. 63 200, equivalente al 80% de las prestaciones ejecutadas por el demandante con ocasión de las prestaciones adicionales ejecutadas.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

6.57 SCYTL solicita que se ordene a la ONPE efectuar el pago de la suma ascendente a S/. 63,200.00 equivalente al 80% de las prestaciones ejecutadas por SCYTL con ocasión de las prestaciones adicionales ejecutadas.

6.58 El contrato de prestaciones adicionales constó de las actividades descritas en el siguiente cuadro:

	Breve descripción de la actividad	Porcentaje de la actividad en proporción al proyecto	Ejecutada por SCYTL
Días previos a la elección			
1	Personalización y parametrización de la plataforma de votación para las elecciones de segunda vuelta	20%	SI
2	Proceso de despliegue e instalación de la plataforma tecnológica en el local de votación	20%	SI
3	Simulacros de votación con ciclos completos exitosos	20%	SI
Día de la elección			
4	Día de la elección: <ul style="list-style-type: none">Identificación mediante sistema automatizado en mesas de local de votaciónVotación electrónica con impresión de boleta de votación para ser depositada en urna física	20%	SI
5	<ul style="list-style-type: none">Proceso de obtención de resultados totalmente automatizadosTransmisión de resultados a servidor central ONPE	20%	NO

6.59 De lo anteriormente expuesto se aprecia que SCYTL ejecutó un porcentaje aproximado de 80% de las prestaciones correspondientes a los adicionales, por lo que aplicando una regla de tres simple, correspondería que se reconocza la suma ascendente a S/. 63,200.00.

POSICIÓN DE LA ONPE

- 6.60 La ONPE señala que el Servicio contratado con SCYTL en el marco del Contrato N° 062-2014-ONPE y la Primera Cláusula Adicional al mismo, para la prestación adicional relacionada a la Segunda Elección para Presidente y Vicepresidente Regional 2014, constituye un servicio integral.
- 6.61 Asimismo, señala que si bien se describe un correlato de actividades previas y hasta el mismo día del proceso electoral; para que se proceda al pago se especificó de manera literal la necesidad del otorgamiento de la conformidad de servicio respectiva, estipulándose en la cláusula cuarta del Contrato que la ONPE realizaría el pago total del servicio una vez emitida la conformidad del servicio.
- 6.62 La ONPE señala que nunca se contrató prestaciones parciales ni por fases, etapas o actividades según avance o proporción del proyecto como alude el demandante al pretender que se le abone el 80% del monto contratado
- 6.63 Finalmente, señala que están ante un Servicio Integral que al no haberse cumplido mediante la obtención y transmisión electrónica de los resultados del proceso electoral, que son el objeto mismo del contrato, no podría generar para la ONPE el pago de suma alguna a favor de la demandante.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

- 6.64 Al respecto, es importante enfatizar que los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado pueden clasificarse en contratos de ejecución única y contrato de duración.
- 6.65 La doctrina, en el presente caso Messineo, señala que: "un contrato será de "ejecución única", cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad, en tanto que será "de duración" cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes. El referido autor excluye de los contratos de "duración" a aquellos contratos que tengan por objeto la prestación de un

resultado futuro, pues aun cuando en estos casos es necesario que la actividad del contratista se dilate en el tiempo para producir el resultado querido, la ejecución seguirá siendo instantánea: *"En relación a la función recién delimitada, de la duración se debe excluir del número de los contratos de ejecución continuada o periódica, el contrato que tiene por contenido la prestación de un resultado futuro: a la manera latina locatio operis (que ha de distinguirse de la locatio operarum, consistente, como es sabido, en poner a disposición de otra persona, que la utiliza, la propia energía de trabajo independientemente del producto de esta energía); casos: contrato de obra de por empresa, transporte, fletamiento, prestación de obra intelectual. Aquí, el tiempo concierne a la producción del resultado, para lo que es necesario que la actividad del deudor se dilate durante cierto periodo de tiempo, y no a la ejecución que es, en cambio, instantánea; la duración actúa aquí en función del fin, no en función del tiempo (piénsese en el caso del contrato de obra por empresa, en el que el tiempo es necesario para que la obra ordenada se ejecute, pero donde, una vez lista la obra, la entrega se realiza uno actu⁶."* (El subrayado es agregado)

6.66 El presente contrato es un contrato de ejecución única porque las partes así lo han decidido y han limitado su servicio a una finalidad y un objetivo que fue la obtención y transmisión electrónica de los resultados del proceso electoral en el marco de las Elecciones Regionales y Municipales 2014.

6.67 En base a ello, resulta oportuno señalar las obligaciones pactadas en el contrato

- respecto al pago, a tal efecto la Cláusula Cuarta del contrato señaló:

CLAUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO

LA ONPE se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en Nuevos Soles, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

⁶MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 429 - 430.

Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá los diez (10) días calendarios de ser estos recibidos.

LA ONPE se obliga a realizar el pago dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

El pago total del servicio se realizará una vez emitida la conformidad del mismo, debiendo el proveedor efectuar la entrega de la documentación y condiciones requerida por la ONPE. (...)

SUBRAYADO AÑADIDO

6.68 En consecuencia, de la lectura de los términos contractuales el pago sería efectuado en una sola arrienda a la emisión de la conformidad de la prestación del servicio, luego de la entrega completa de la documentación correspondiente luego de la.

6.70 Asimismo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece:

"Artículo 180.- Oportunidad del pago

Todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación; salvo que, por razones de mercado, el pago del precio sea condición para la entrega de los bienes o la realización del servicio.

***La Entidad podrá realizar pagos periódicos al contratista por el valor de los bienes y servicios contratados en cumplimiento del objeto del contrato, siempre que estén fijados en las Bases y que el contratista los solicite presentando la documentación que justifique el pago y acredite la existencia de los bienes o la prestación de los servicios. Las Bases podrán especificar otras formas de acreditación de la obligación. Los montos entregados tendrán el carácter de pagos a cuenta.* (...)” ENFASIS**

AÑADIDO

- 6.71 Como se aprecia, por regla general, la Entidad se encontraba obligada a realizar el pago, solamente, después de que se haya emitido la conformidad de la prestación ejecutada por el contratista; es así que a criterio de este juzgador, solamente corresponde a la Entidad efectuar el pago cuando las prestaciones sean realmente ejecutadas en la oportunidad pactada.
- 6.72 En tal sentido, ha quedado acreditado que SCYTL no cumplió con la ejecución de la única prestación a su cargo, la obtención y transmisión electrónica de los resultados del proceso electoral en el marco de las Elecciones Regionales y Municipales 2014, en segunda vuelta.
- 6.73 En consecuencia, este Árbitro considera que no corresponde que ONPE realice el pago de S/. 63 200, solicitado por el contratista puesto que no se cumplió con la prestación para lo cual fue contratado.

QUINTA PRETENSIÓN


Determinar si corresponde que el demandado asuma las costas y costos del proceso arbitral, incluyendo los honorarios del Árbitro Único, de la Secretaría Arbitral, pago de tasas, honorarios de la defensa, gastos notariales y los que sean liquidados en su oportunidad.

- 6.74 En cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 69, 70 y 73 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.
- 6.75 Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Árbitro Único y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73º en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el

resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

6.76 En este sentido, el Árbitro Único ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.

6.77 Sobre lo expuesto, a criterio de este Arbitro Único resulta correcto indicar que la controversia expuesta en esta sede arbitral ha sido legítima y versaba sobre un derecho en disputa con posiciones válidas sustentadas en derecho con igualdad de legitimidad, sin que haya una negligencia o culpa en la generación de la controversia.

6.78 Por lo expuesto, este juzgador considera que las partes han tenido posiciones y razones válidas para defender sus posiciones, de modo que no cabe estimar esta pretensión demandada por SCYTL.

Estando a las consideraciones precedentes, y dentro del plazo correspondiente, el Órgano Arbitral en Derecho **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la primera pretensión, REVOCANDOSE la resolución parcial del Contrato N° 062-2014-ONPE, en consecuencia, se **DECLARA RESUELTO** el Contrato N° 062-2014-ONPE, sin responsabilidad de las partes.

SEGUNDO.- DECLARAR que carece de objeto pronunciarse sobre la pretensión alternativa a la primera pretensión principal, al haberse declarado fundada ésta última.

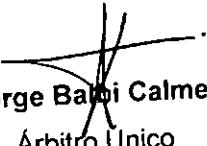
TERCERO.- DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión accesoria, en consecuencia NO corresponde que la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE, efectúe el pago de S/. 63 200, equivalente al 80% de las prestaciones ejecutadas por el demandante.

*Laudo Arbitral de Derecho
Arbitro Único*

Dr. Jorge Alberto Balbi Calmet

CUARTO.- DISPONER que cada una de las partes asuma las costas y costos del presente proceso arbitral en partes iguales, por lo que se **DECLARA INFUNDADA** la segunda pretensión accesoria.

QUINTO.- REMITASE al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, copia del presente laudo arbitral.


Jorge Balbi Calmet
Árbitro Único


Helena Murguía García
Secretaria Arbitral