

# **LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

**TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A.**

**CON**

**OFICINA NACIONAL DE PROCESOS  
ELECTORALES - ONPE**

**INTEGRADO POR:**

**DR. ALFREDO ENRIQUE ZAPATA VELASCO  
ARBITRO UNICO**

**LIMA e 2016**



# **LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

**NUMERO DE EXP. DE INSTALACION: I 418 - 2015**

**DEMANDANTE: TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A.**

**DEMANDADO:OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES - ONPE**

**CONTRATO (NÚMERO Y OBJETO): CONTRATO No. 148-2014-ONPE,  
PARA LA CONTRATACION DEL "SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES  
VE-ERM".**

**MONTO DEL CONTRATO: S/. 2'456,517.00**

**CUANTIA DE LA CONTROVERSIAS: S/. 830,478.66**

**TIPO Y NUMERO DE PROCESO DE SELECCIÓN: ADJUDICACION DE  
MENOR CUANTIA Y PROCESO DE SELECCIÓN: 151-2014-ERM-ONPE.**

**MONTO DE LOS HONORARIOS DEL ÁRBITRO UNICO: S/. 12,528.00**

**MONTO DE LOS HONORARIOS DE LA SECRETARIA ARBITRAL: S/.  
7,141.00**

**ÁRBITRO UNICO: DR. ALFREDO ENRIQUE ZAPATA VELASCO**

**SECRETARIA ARBITRAL: PRO ARBITRA S.A.C – ALICIA VELA LÓPEZ**

**FECHA DE EMISION DEL LAUDO: 30 DE JUNIO DE 2016**

**(UNANIMIDAD/MAYORIA): UNANIMIDAD**

**NUMERO DE FOLIOS: 76**

**PRETENCIIONES (CONTROVERSIAS RELACIONADAS A LAS SIGUIENTES MATERIAS):**

- NULIDAD, INVALIDEZ, INEXISTENCIA Y/O INEFICIENCIA DE CONTRATO
- RESOLUCION DE CONTRATO
- AMPLIACION DE PLAZO CONTRACTUAL
- DEFECTOS O VACIOS OCULTOS
- FORMULACION, APROBACION O VALORIZACION DE METRADOS
- RECEPCION Y CONFORMIDAD
- LIQUIDACION Y PAGO
- MAYORES GASTOS GENERALES
- INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS
- ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA
- ADICIONALES Y REDUCCIONES
- ADELANTOS
- PENALIDADES
- EJECUCION DE GARANTIAS
- DEVOLUCION DE GARANTIAS
- OTROS (ESPECIFICAR):.....

**2016**

**Exp. No. I418-2015**

**Arbitraje: Telefónica del Perú S.A.A. – Oficina Nacional de Procesos Electorales - ONPE**

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EL ÁRBITRO ÚNICO, DR. ALFREDO ZAPATA VELASCO, EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. Y LA OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES - ONPE.**

## **RESOLUCIÓN N° 16**

### **I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN**

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 30 días del mes de junio del año dos mil dieciséis.

### **II. LAS PARTES**

- **Demandante:** TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante LA TELEFONICA, la CONTRATISTA o demandante).
- **Demandado:** OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES - ONPE (en adelante ONPE, la Entidad o el demandado).

### **III. DEL ÁRBITRO UNICO**

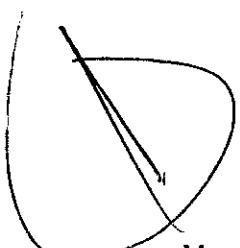
Dr. ALFREDO ZAPATA VELASCO - Árbitro Único  
PRO ARBITRA SAC - Dra. ALICIA VELA LÓPEZ, Secretaria Arbitral.

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, mediante Oficio N° 3676-2015-OSCE/DAA-SAA, de fecha 16 de junio de 2015, en aplicación de la normativa sobre contratación estatal y en uso de las atribuciones conferidas para la designación residual de árbitros designó como ÁRBITRO ÚNICO para éste proceso arbitral al DR. ALFREDO ZAPATA VELASCO.

### **IV. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL**

El Convenio Arbitral está contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 148-2014-ONPE, para la contratación del "Servicio de

*Telecomunicaciones VE-ERM* – Adjudicación de Menor Cuantía N° 151-2014-ERM-ONPE, que celebraron TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante TELEFONICA, la CONTRATISTA o demandante) y OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES - ONPE (en adelante la ONPE, la Entidad o el demandado), se indica 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 144º, 170º, 175º y 177º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto en el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado.



Las partes se sometieron voluntariamente a un arbitraje ad hoc, nacional y de derecho, a fin de resolver cualquier controversia derivada del contrato antes citado.

## V. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

Con fecha 19 de septiembre de 2014 la ONPE convocó a la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0151-2014-ERM-ONPE para la contratación del “Servicio de *Telecomunicaciones VE ERM*”. Se adjuntan como Anexo No. 1 las Bases del proceso de selección.

Con fecha 05 de septiembre de 2014, la TELEFONICA y la ONPE suscribieron el Contrato N° 148-2014-ONPE “Servicio de *Telecomunicaciones VE-ERM*”- Adjudicación de Menor Cuantía N° 0151-2014-ERM-ONPE, (en adelante el Contrato), con el objeto de dotar a la ONPE de la infraestructura de telecomunicaciones necesaria para la implementación del sistema de voto electrónico para las elecciones regionales y municipales 2014. El monto total del Contrato ascendió a S/.2'456,517.00 incluido IGV.

En la Cláusula Décima Tercera del Contrato se pactó la aplicación de penalidades conforme a la “fórmula general” prevista en el Artículo 165º

del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable a la fecha de contratación (en adelante la LCE), es decir, el texto aprobado por el Decreto Supremo N°184-2008-EF, (en adelante el Reglamento). La aplicación de penalidades opera en función a: (i) monto el contrato (o ítem), (ii) duración del contrato; y (iii) días de duración del incumplimiento.

En la Cláusula Décima Cuarta se estableció la aplicación de “otras penalidades”, las que serían aplicables a los supuestos ahí expresamente previstos, las que se calcularían en función al valor de la UIT vigente y en función al tiempo de duración de los eventos previstos.

Con Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE de 23 de 12/14, la ONPE comunicó a TELEFONICA la aplicación de penalidades por retrasos e incidencias ocurridas durante la ejecución del Contrato.

Las penalidades aplicadas en la referida comunicación se dividen en:

|   |               |
|---|---------------|
| (i) Penalidad Anexo C, ítem 1,a):   | S/.188,962.84 |
| (ii) Penalidad Anexo C, ítem 2 (correspondiente al “Plan y configuración inicial del servicio”):            | S/.92,119.38  |
| (iii) Penalidad Anexo C, ítem 4 (correspondiente al “Informe de Instalación e implementación del servicio”) | S/.669,959.28 |
| (iv) Otras penalidades, ítem 17.b):   | S/.73,720.00  |

No encontrando conformes las penalidades impuestas con la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE, indica la TELEFONICA que el 7/01/15 remitió a la ONPE la Carta TDP-GIN-001-2015, advirtiéndole que habría incurrido en error al determinar las penalidades señaladas en el Numeral 4.4, siendo que esta comunicación no tuvo respuesta de parte de la ONPE.

Las discrepancias anotadas dieron lugar a que la TELEFONICA solicitara la Conciliación y ante la falta de acuerdo, la solicitud arbitral que origina el presente proceso.

## **VI. SOBRE EL PROCESO ARBITRAL**

**6.1.** Con fecha 12 de agosto de 2015, se instaló el Árbitro Único, con asistencia de ambas partes. En esa oportunidad, el Arbitro Único declaró haber sido designado de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, ratificándose en la aceptación del encargo y señalando no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes. Asimismo, se obliga a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

### **6.2. AUDIENCIA DE CONCILIACION Y DETERMINACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.-**

Mediante Resolución N° 05, se citó a las partes para la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos, que se realizó el 24 de noviembre de 2015, con las siguientes actuaciones.

### **6.3. EXCEPCION DE CADUCIDAD**

La ONPE, con su escrito de contestación a la demanda formuló la EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD contra la Primera Pretensión Principal y su Pretensión Accesoria.

De conformidad con lo establecido en el numeral 29º de las reglas del proceso arbitral, el Arbitro Único señaló que la excepción planteada se resolvería al momento de laudar.

Respecto de la Excepción de Caducidad se admitieron los medios probatorios propuestos por las partes, que se indican a continuación:

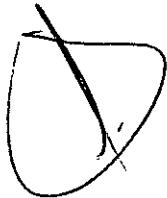
1. Por la ONPE los documentos que se indican en el ítem MEDIOS PROBATORIOS, numerados del 1 al 5, de su escrito del 30 de setiembre de 2015.
2. Por TELEFONICA, los documentos numerados del 1 al 4, que se indican en el Primer Otrosí decimos, del escrito de fecha 05 de noviembre de 2015.

## **6.4. CONCILIACIÓN**

Iniciada la diligencia el Arbitro Único invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio que les permita concluir con las controversias materia del presente proceso arbitral, sin embargo no fue posible acuerdo alguno debido a que ambas partes mantuvieron sus posiciones, por lo que se prosiguió con el proceso, precisando que esta puede ser promovida a instancia de parte en cualquier momento.

## **6.5. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

Teniendo en cuenta lo expuesto en la demanda y contestación de la demanda, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:



**Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no, que se proceda al recálculo de la penalidad aplicada a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico para los centros de votación IE Lincoln de la Punta e IEP Clara Cogorno – Secundaria de la Punta, correspondientes al Literal a) del Numeral 1 del Anexo C de los Términos de Referencia de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía No.0151-2014-ERM-2014-ONPE.

**Segundo Punto Controvertido:** De ser amparado el primer punto controvertido, determinar si corresponde o no, que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., de las sumas que fueron retenidas como cobro de la penalidad impuesta por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico para los centros de votación IE Lincoln de la Punta e IEP Clara Cogorno – Secundaria de la Punta, correspondientes al Literal a) del Numeral 1 del Anexo C de los Términos de Referencia de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía No.0151-2014-ERM-2014-ONPE, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

**Tercer Punto Controvertido.-** Determinar si corresponde o no, que se proceda al recálculo de la penalidad aplicada a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., por la demora en la entrega del "Plan y configuración inicial del servicio", correspondiente al Numeral 2 del Anexo C de los Términos de Referencia de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía No.0151-2014-ERM-2014-ONPE.

**Cuarto Punto Controvertido.-** De ser amparado el tercer punto controvertido, determinar si corresponde o no, que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., de las sumas que fueran retenidas como cobro de la penalidad impuesta respecto de entrega del "Plan y configuración inicial del servicio", más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

**Quinto Punto Controvertido.**- Determinar si corresponde o no, que se declare que TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. no incurrió en incumplimiento alguno que amerite la aplicación de la penalidad correspondiente al "Informe de Instalación e implementación del servicio" que fuera comunicada a TELEFONICA DEL PERU S.A.A. mediante la Carta No.000202-2014-SGL-GAD/ONPE.

**Sexto Punto Controvertido.**- De ser amparado el quinto punto controvertido, determinar si corresponde o no, que se deje sin efecto la penalidad correspondiente al "Informe de Instalación e implementación del servicio" que fuera comunicada a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. mediante la Carta No.000202-2014-SGL-GAD/ONPE.

**Séptimo Punto Controvertido.**- De ser amparado el quinto punto controvertido, determinar si corresponde o no, que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. de las sumas que fueran retenidas como cobro de las penalidades impuestas bajo el concepto de "Informe de Instalación e implementación del servicio" que fuera comunicada a TELEFONICA DEL PERU S.A.A. mediante la Carta No.000202-2014-SGL-GAD/ONPE, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

**Octavo Punto Controvertido.**- De no ser amparado el quinto punto controvertido, determinar si corresponde o no, que se proceda al recálculo de la penalidad aplicada a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A correspondiente al "Informe de Instalación e implementación del servicio".

**Noveno Punto Controvertido.**- De ser amparado el octavo punto controvertido, terminar si corresponde o no, que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. de las sumas que fueran retenidas como cobro de las penalidades impuestas bajo el concepto de "Informe de Instalación e implementación del servicio" que fuera comunicada a TELEFONICA DEL PERU S.A.A. mediante la Carta No.000202-2014-SGL-GAD/ONPE, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

**Décimo Punto Controvertido.**- Determinar si corresponde o no, que se proceda al recálculo de la penalidad aplicada a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., correspondiente a los hechos ocurridos en los centros de votación (CV-CE-IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana; IE 6030 Víctor Andrés Belaúnde Diez Canseco de Punta Hermosa; e IE-6013-Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo, el día 28 de septiembre de 2014; así como en el CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana, el día 5 de octubre de 2014 en la ejecución del Contrato No.148-2014-ONPE.

**Décimo Primer Punto Controvertido.**- De ser amparo el décimo punto controvertido, determinar si corresponde o no, que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., de las sumas que fueran retenidas como cobro de las penalidades impuestas respecto de los hechos ocurridos en los centros de votación (CV-CE-IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana; IE 6030 Víctor Andrés Belaúnde Diez Canseco de Punta

Hermosa; e IE-6013-Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo, el día 28 de septiembre de 2014; así como en el CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana, el día 5 de octubre de 2014, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

**Décimo Segundo Punto Controvertido.-** En el supuesto que el Arbitro Único establezca que a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., sí se le debe aplicar alguna de las penalidades discutidas en este proceso, determinar mediante una liquidación el monto total de las penalidades que la ONPE debe cobrar a la demandante.

**Décimo Tercer Punto Controvertido.-** Determinar que parte debe asumir el pago de las costas y costos del presente proceso.

El Arbitro Único se reservó el derecho de analizar individual o conjuntamente, y en su caso resolver los puntos controvertidos no necesariamente en el orden señalados en la presente acta. Así mismo se indicó que podía omitir con expresión de razones el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

#### **6.6. MEDIOS PROBATORIOS:**

El Arbitro Único admitió los siguientes medios probatorios:

##### **Medios probatorios de TELEFÓNICA**

Los documentos ofrecidos en el acápite VI. Medios Probatorios y Anexos, del escrito de Demanda, numerados del Anexo 1 al Anexo 15.

##### **Medios probatorios de la ONPE**

Los documentos ofrecidos en el acápite Medios Probatorios, numerados del 1 al 19, del escrito sumillado: "*Excepción de Caducidad, Contestación da la Demanda, Delegación de Representación*".

#### **6.7. PRESENTACION DE ALEGATOS ESCRITOS**

Mediante Resolución N° 10, se declaró cerrada la etapa probatoria y de conformidad con lo establecido en el numeral 44 de las reglas del proceso arbitral, se otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

TELEFÓNICA y la ONPE presentaron sus alegatos mediante escrito de fecha 12 de febrero de 2016

#### **6.8. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES**

Con fecha 09 de marzo de 2016, se realizó la audiencia de informes orales con la asistencia del representante de TELEFÓNICA y del representante de la ONPE

#### **6.9. PLAZO PARA LAUDAR.**

De conformidad con el numeral 45 del Acta de instalación del Árbitro Único, mediante Resolución N° 12, se fijó en treinta días hábiles el plazo para laudar, el cual fue ampliado por treinta días adicionales mediante Resolución N° 15.

#### **6.10. LA DEMANDA.**

Con fecha 02 de setiembre de 2015, TELEFÓNICA, presentó su demanda contra la ONPE, con el petitorio siguiente:

##### **PETITORIO**

1. **Primera Pretensión Principal:** Que se proceda al recálculo de la penalidad aplicada por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico para los centros de votación IE Lincoln de la Punta e IEP Clara Cogorno – Secundaria de la Punta, correspondientes al Literal a) del Numeral 1 del Anexo C de los Términos de Referencia de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía No.0151-2014-ERM-2014-ONPE.
  - 1.1. **Pretensión Accesoria de la Primera Pretensión Principal:** Que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TDP de las sumas que fueran indebidamente retenidas como cobro de la penalidad impuesta por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico para los centros de votación IE Lincoln de la Punta e IEP Clara Cogorno – Secundaria de la Punta, correspondientes al Literal a) del Numeral 1 del Anexo C de los Términos de Referencia de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía No.0151-2014-ERM-2014-ONPE, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.
  2. **Segunda Pretensión Principal:** Que se proceda al recálculo de la penalidad aplicada por la demora en la entrega del "Plan y configuración inicial del servicio", correspondiente al Numeral 2 del Anexo C de los Términos de Referencia de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía No.0151-2014-ERM-2014-ONPE.
- 2.1. **Pretensión Accesoria de la Segunda Pretensión Principal:** Que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TDP de las sumas que fueran indebidamente retenidas como cobro de la penalidad impuesta respecto de entrega del "Plan y configuración inicial del servicio", más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

3. **Tercera Pretensión Principal:** Que se declare que TDP no incurrió en incumplimiento alguno que amerite la aplicación de la penalidad correspondiente al "Informe de Instalación e implementación del servicio" que fuera comunicada a TDP mediante la Carta No.000202-2014-SGL-GAD/ONPE.
- 3.1 **Primera Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal:** Que se deje sin efecto la penalidad correspondiente al "Informe de Instalación e implementación del servicio" que fuera comunicada a TDP mediante la Carta No.000202-2014-SGL-GAD/ONPE.
- 3.2 **Segunda Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal:** Que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TDP de las sumas que fueran indebidamente retenidas como cobro de las penalidades impuestas bajo el concepto de "Informe de Instalación e implementación del servicio" que fuera comunicada a TDP mediante la Carta No.000202-2014-SGL-GAD/ONPE, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.
- 3.3 **Pretensión Subordinada de la Tercera Pretensión Principal:** Que en el negado supuesto de que se desestime nuestra Tercera Pretensión Principal, se proceda al recálculo de la penalidad correspondiente al "Informe de Instalación e implementación del servicio".
- 3.4 **Pretensión Accesoria de la Pretensión Subordinada de la Tercera Pretensión Principal:** Que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TDP de las sumas que fueran indebidamente retenidas como cobro de las penalidades impuestas bajo el concepto de "Informe de Instalación e implementación del servicio" que fuera comunicada a TDP mediante la Carta No.000202-2014-SGL-GAD/ONPE, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.
4. **Cuarta Pretensión Principal:** Que se proceda al recálculo de la penalidad correspondiente a los hechos ocurridos en los centros de votación (CV-CE-IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana; IE 6030 Víctor Andrés Belaúnde Díez Canseco de Punta Hermosa; e IE-6013-Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo, el día 28 de septiembre de 2014; así como en el CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana, el día 5 de octubre de 2014 en la ejecución del Contrato No.148-2014-ONPE).
- 4.1 **Pretensión Accesoria a la Cuarta Pretensión Principal:** Que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TDP de las sumas que fueran indebidamente retenidas como cobro de las penalidades impuestas respecto de los hechos ocurridos en los centros de votación (CV-CE-IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana; IE 6030 Víctor Andrés Belaúnde Díez Canseco de Punta Hermosa; e IE-6013-Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo, el día 28 de septiembre de 2014; así como en el CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana, el día 5 de octubre de 2014, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo).
5. **Quinta Pretensión Principal:** Que, en caso al pronunciarse respecto de nuestras pretensiones principales, sus accesorias y/o las subordinadas y sus accesorias, el Árbitro Único hubiera resuelto determinando que TDP sí incurrió en alguna o más de las penalidades discutidas en este proceso, que proceda a efectuar la liquidación total de las penalidades que la ONPE puede cobrarnos.
6. **Sexta Pretensión Principal:** Que se condene a la ONPE al pago de las costas y costos del presente proceso.

## VII. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

### 7.1. Excepción

Con su escrito de contestación a la demandada la ONPE promueve la EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD, alegando el vencimiento del plazo de caducidad para que TELEFONICA pueda recurrir a los mecanismos de solución de controversias para cuestionar la penalidad aplicada sobre el ítem 1 a) del Anexo C.

### 7.2. Contestación de la Demanda

La ONPE contestó la demanda interpuesta por TELEFÓNICA dentro del plazo otorgado mediante Resolución N° 02, argumentando lo siguiente:

Sostiene la ONPE, que TELEFÓNICA cuestiona la aplicación de penalidades por mora de los ítems 1 a), 2 y 4 y otras penalidades ítem 17 b) en las que habría incurrido en la ejecución del servicio de Telecomunicaciones VE - ERM, aduciendo errores en el cómputo de los días de retraso, así como la fórmula aplicada para la determinación de la penalidad diaria y con ello el total de la penalidad aplicable por cada uno de los ítems mencionados.

Indica la ONPE que, según los plazos previstos en el Contrato y las fechas de instalación y entrega efectuados por TELEFÓNICA se tiene que mediante Memorando N° 2191-2014-GITE/ONPE y el Informe N° 1427-2014-SGIST-GITE/ONPE se determinó lo siguiente:

#### Anexo C – ítem 1 a)

| Centro de votación con el sistema de voto electrónico | Fecha de Instalación (según contrato) | Fecha de instalación (Contratista) | Retraso en días | Penalidad Diaria | Penalidad Calculada S/ |
|---|---------------------------------------|------------------------------------|-----------------|------------------|------------------------|
| IEP Lincoln de La Punta                               | 18/09/2014                            | 22/09/2014                         | 4               | 47,240.71        | 188,962.84             |
| IEP Clara Cogorno – Secundaria de La Punta            | 18/09/2014                            | 22/09/2014                         |                 |                  |                        |

**Anexo C – ítem 2**

| Plan y configuración inicial del servicio        | Fecha de Instalación (según contrato) | Fecha de instalación (Contratista) | Retraso en días | Penalidad Diaria | Penalidad Calculada S/ |
|--|---------------------------------------|------------------------------------|-----------------|------------------|------------------------|
| Quince (15) días después de suscrito el contrato | 20/09/2014                            | 23/09/2014                         | 3               | 30,706.46        | 92,119.38              |
| Observado y comunicado al contratista            | 29/09/2014                            |                                    |                 |                  |                        |
| Se recibe subsanación de observación conforme    |                                       | 30/09/2014                         |                 |                  |                        |

**Anexo C – ítem 4**

| Informe de instalación e implementación del servicio                    | Fecha de Instalación (según contrato) | Fecha de instalación (Contratista) | Retraso en días | Penalidad Diaria | Penalidad Calculada S/ |
|---|---------------------------------------|------------------------------------|-----------------|------------------|------------------------|
| Con fecha establecida al  | 27/09/2014                            | 26/09/2014                         | 24              | 27,914.97        | 669,959.28             |
| 1ra observación comunicada al proveedor el                              | 29/09/2014                            |                                    |                 |                  |                        |
| Se recibe subsanación de observación parcial faltando dos observaciones | 01/10/2014                            | 01/10/2014                         |                 |                  |                        |
| 2da Observación comunicada al proveedor el                              | 09/10/2014                            |                                    |                 |                  |                        |
| Se recibe subsanación de observación parcial, faltando una observación  | 14/10/2014                            | 14/10/2014                         |                 |                  |                        |
| 3ra observación comunicada al proveedor el                              | 17/10/2014                            |                                    |                 |                  |                        |
| Se levantó observación  | 21/10/2014                            | 21/10/2014                         |                 |                  |                        |

**Otras Penalidades – ítem 17 b)**

| Centro de votación con el sistema de voto electrónico                          | Fecha de ocurrencia | Respuesta  | Retraso en hora o fracción | Penalidad (% UIT) | Penalidad calculada S/ |
|--|---------------------|------------|----------------------------|-------------------|------------------------|
| CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito de Pucusana (Demora 1 día)      | 28/09/2014          | 29/09/2014 | 24                         | 20%               | 18,240.00              |
| IE 6030 Víctor Andrés Belaunde Diez Canseco de Punta Hermosa (Demora 1 día)    | 28/09/2014          | 29/09/2014 | 24                         | 20%               | 18,240.00              |
| IE 6013 Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo (Demora 2 días)           | 28/09/2014          | 30/09/2014 | 48                         | 20%               | 36,480.00              |
| CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito de Pucusana (Demora 10 minutos) | 05/10/2014          | 05/10/2014 | 1                          | 20%               | 760.00                 |

Manifiesta la ONPE que, respecto de las penalidades aplicadas con Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE de 22 de diciembre de 2014, TELEFÓNICA le remitió el 07 de enero de 2015 la Carta TDP -GIN-001-2014 solicitando la reconsideración de las mismas.

Este documento según la ONPE señala:

*"....conforme a sus propios términos, cita la penalidad aplicada al ítem 1 a) del Anexo C, pero el cuestionamiento que efectúa telefónica versa únicamente respecto de las penalidades aplicadas sobre los ítems 2 y 4 del anexo c y el ítem 17 b) otras penalidades, precisando de manera expresa que el importe total de penalidades que debe aplicar la ONPE ascenderían al monto de S/. 194,282.84, de los cuales S/. 193,522.84 corresponderían a la penalidad por mora (S/. 188,962.84 por el ítem 1 a) y S/ 4,560.00 por el ítem 2) y S/. 760.00 a otras penalidades".*

### VIII. ABSOLUCIÓN DE EXCEPCIÓN

Dentro del plazo otorgado mediante Resolución N° 04, el Contratista absolvío el traslado de la excepción alegando que tal excepción formulada por la ONPE carece de fundamentos, por lo que debe ser declarada infundada.

### IX. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIAS

En el numeral 8 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se estableció que el arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Asimismo en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el árbitro único queda facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el

derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración económica procesal y buena fe.

## X. CONSIDERANDOS

### 10.1. CUESTIONES PRELIMINARES

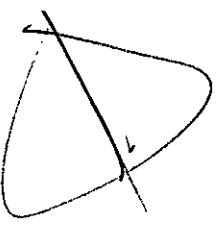
En forma previa a decidir sobre la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente:

- i). Que, queda establecido que el Tribunal Arbitral, de conformidad con el acuerdo suscrito entre las partes y el Reglamento, así como en la Ley de Arbitraje, que en caso de deficiencia o vacío de las reglas que aprobadas, resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado;
- ii). Que, las partes no impugnaron o reclamaron de las disposiciones de procedimiento aprobadas con el Acta de Instalación;
- iii). Que, el TELEFONICA, presentó su demanda con las pretensiones materia del presente Laudo dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- iv). Que, la ONPE, fue debidamente emplazada con las pretensiones materia de la demanda la absolvio formuló reconvenición y ejerció plenamente su derecho a la defensa.
- v). Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y,
- vi). Que, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.
- vii). Que, el Tribunal Arbitral ha efectuado un estudio integral y exhaustivo de las posiciones de las partes y los medios probatorios ofrecidos y actuados, la reseña de las mismas en el laudo constituye una exposición abreviada.

Considerando el marco legal aplicable a las controversias y utilizando los mecanismos de interpretación legal, el Tribunal Arbitral procederá a analizar y resolver el caso en función a las prestaciones que forman el contenido del contrato, las normas imperativas y supletorias pertinentes, con la finalidad de dilucidar el contenido de la relación obligatoria generada entre las partes y la solución de la controversia específica en este caso generada.

## 10.2. EL ORDEN DEL ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES A RESOLVERSE

Así, con los argumentos expuestos con la demanda, su contestación, alegatos e informes orales, así como a las pruebas aportadas y puestas a consideración a lo largo del presente proceso, incluyendo las manifestaciones de las partes en las diligencias llevadas a cabo, corresponde en este estado la evaluación de los elementos indicados, con el objeto de determinar si se debe o no amparar las pretensiones planteadas por la TELEFONICA.



Considerando que las pretensiones en examen son numerosas y su complejidad resulta de las situaciones controversiales planteadas por las partes partiendo de sus respectivas posiciones, el análisis de las más se abordara en bloques que agrupan los puntos controvertidos vinculados en sí, de modo que el pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto de la misma situación en conflicto y sus conexiones, sean resueltas en conjunto.

El análisis de las controversias sometidas a la competencia del Árbitro Único se iniciara con el correspondiente a la Excepción de Caducidad formulada por la ONPE.

Luego, el Árbitro Único abordara el análisis del **PRIMER BLOQUE DE ANÁLISIS:** La determinación sobre si corresponde o no, el recálculo de la penalidad aplicada y la inmediata restitución de las sumas retenidas por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico (centros de votación IE Lincoln e IEP Clara Cogorno – Secundaria de La Punta), correspondientes al Literal a) Numeral 1 Anexo C de los Términos de Referencia de las Bases de la Adjudicación de Menor Cantidad N°0151-2014-ERM-2014-ONPE, comprendidas en el **Primer y Segundo Puntos Controvertidos** que a su vez corresponden con la Primera Pretensión Principal y su Primera Pretensión Accesoria, de la demanda.

En el **SEGUNDO BLOQUE DE ANALISIS:** La determinación sobre si corresponde o no, el recálculo de la penalidad aplicada y la inmediata restitución de las sumas retenidas, por la demora en la entrega del “*Plan y configuración inicial del servicio*”, correspondiente al Numeral 2 Anexo C de los Términos de Referencia de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía N°0151-2014-ERM-2014-ONPE, comprendidas en el **Tercer y Cuarto Puntos Controvertidos**, que a su vez corresponden con la Segunda Pretensión Principal y su Pretensión Accesoria, de la demanda.

El **TERCER BLOQUE DE ANALISIS:** La determinación sobre si corresponde o no, que se declare que TELEFÓNICA no incurrió en incumplimiento, se deje sin efecto la penalidad aplicada por atraso en la entrega del “*Informe de Instalación e implementación del servicio*” comunicada con la Carta No.000202-2014-SGL-GAD/ONPE y la restitución de los montos retenidos. Asimismo en defecto, se haga el recálculo de la penalidad y se ordene la restitución del exceso retenido; Pretensiones comprendidas en los **Puntos Controvertidos Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo y Noveno**, que a su vez corresponden con la Tercera Pretensión Principal y sus Pretensiones Accesoria y Subordinada y la Accesoria a la Subordinada de la demanda de TELEFONICA.

En el **CUARTO BLOQUE DE ANALISIS:** La determinación sobre si corresponde o no, el recálculo de la penalidad aplicada y la inmediata restitución de las sumas retenidas, por los hechos ocurridos en los centros de votación (CV-CE-IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana; IE 6030 Víctor Andrés Belaúnde Diez Canseco de Punta Hermosa; e IE-6013-Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo, el 28 de septiembre de 2014; así como en el CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana, el 5 de octubre de 2014, en el curso de la ejecución del Contrato, comprendidas en el **Décimo y Décimo Primer Puntos Controvertidos**, que a su vez corresponden con la Cuarta Pretensión Principal y su Pretensión Accesoria.

En el **QUINTO BLOQUE DE ANALISIS**: Determinación del monto total de las penalidades que la ONPE debe cobrar, en el supuesto que el Arbitro Único establezca que debe aplicar a TELEFÓNICA alguna de las penalidades discutidas en este proceso, pretensión comprendida en el **Décimo Segundo Punto Controvertido**, que a su vez corresponde con la **Quinta Pretensión Principal** de la demanda.

Finalmente el Tribunal Arbitral emitirá pronunciamiento sobre las costas y costos del presente proceso arbitral, materia del **Décimo Tercer Punto Controvertido**, que a su vez corresponden con la **Sexta Pretensión Principal**.

### 10.3. ANALISIS DE LA EXCEPCION DE CADUCIDAD

#### Posición de la ONPE

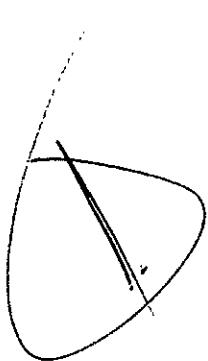
Señala la ONPE que según la Cláusula Décimo Octava del Contrato, cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo para resolver las controversias que surjan en la etapa de ejecución contractual, dentro del plazo de caducidad previsto en los Artículos 144°, 170°, 175° y 177° del Reglamento, o en su defecto, en el Artículo 52° de la LCE. Asimismo, que facultativamente cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje a falta de acuerdo, según lo señalado en el Artículo 214° del Reglamento. Indica la ONPE que, antes de producirse la culminación de la ejecución contractual, TELEFÓNICA dejó constancia de la existencia de controversias derivadas de penalidades aplicadas por la ONPE con Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE de 22 de diciembre de 2014, habiendo remitido la Carta TDP -GIN-001-2014 del 07 de enero de 2015, solicitando la reconsideración de las mismas, documento en el que se cita la penalidad aplicada al ítem 1 a) del Anexo C, pero el cuestionamiento que efectúa versa únicamente respecto de las penalidades aplicadas sobre los ítems 2 y 4 del Anexo C y el ítem 17 b) otras penalidades; señalando de manera expresa que el importe total de penalidades que debía aplicar la

ONPE ascenderían a S/.194,282.84, de los cuales S/.193,522.84 corresponderían a la penalidad por mora y S/.760.00 a otras penalidades.

Alega la ONPE que con ello TELEFÓNICA admitía como válida y correcta la penalidad por mora aplicada sobre el ítem 1 a) en el monto de S/.188,962.84 y señalaba que por el ítem 2 la penalidad debería ser de S/.4,560.00 y por el ítem 4 no existía retraso alguno y no cabía aplicar ninguna penalidad.

Manifiesta la ONPE que, cuando presentó la solicitud de conciliación ante el Centro de Conciliación y de Negociación Omega, señaló como puntos de controversia las penalidades aplicadas por los ítem 2 y 4 del Anexo C y las otras penalidades aplicadas conforme al ítem 17 b), especificando como reclamo a conciliar se dejen sin efecto las penalidades comunicadas mediante la Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE notificada el 23 de diciembre de 2014 y se proceda al recálculo de las penalidades conforme a los montos y fórmula de cálculo contenidos en la Carta TDP -GIN-001-2014, lo que implica que se reconocía la validez y consintió la penalidad aplicada sobre el ítem 1 a) referido a la fecha límite para tener instalados, configurados y operativos los enlaces de telecomunicaciones de la Red de Voto Electrónico – VE.

Menciona la ONPE que, según la demanda se ha establecido como Primera Pretensión Principal el recálculo de la penalidad aplicada por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico para los centros de votación IE Lincoln de la Punta e IEP Clara Cogorno – Secundaria de la Punta, correspondientes al Literal a) del Numeral 1 del Anexo C de los Términos de Referencia de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0151-2014-ERM-2014-ONPE y como Pretensión Accesoria de esa Pretensión Principal que se ordene a la ONPE la inmediata restitución de las sumas retenidas como penalidad más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo; advirtiéndose sobre el particular, que ese extremo de la demanda incurre en caducidad, por cuanto:

- 
- i) TELEFÓNICA por actos propios inmediatos y posteriores a la comunicación de la penalidad consintió su aplicación, no controvirtiendo la penalidad por S/ 188,962.84 ni en la Carta TDP -GIN-001-2014 de 07 de enero de 2015 ni en la solicitud de conciliación del 16 de enero de 2015.
  - ii) Cualquier cómputo de plazo para recurrir al arbitraje para resolver dicha “supuesta controversia” no puede establecerse a partir del Acta de Conciliación por Falta de Acuerdo N° 0036-23015 del 11 de febrero de 2015, ya que conforme a la solicitud de conciliación la aplicación de penalidad por S/.188,962.84 no fue materia de controversia por parte TELEFÓNICA.
  - iii) La controversia a que hace referencia TELEFÓNICA en su demanda respecto a la penalidad del ítem 1 a) deviene en extemporánea e incurre en caducidad, al haber operado el plazo del numeral 52.2 del Artículo 52° de la LCE, cuanto más si por actos propios ha validado la recepción y conformidad de la prestación prevista en este ítem con un retraso de 4 días y producida la culminación de la ejecución contractual.

Sostiene la ONPE que queda claro que el plazo para que TELEFÓNICA pueda recurrir a los mecanismos de solución de controversias para cuestionar la penalidad aplicada sobre el ítem 1 a) del Anexo C ha vencido, operando la caducidad conforme a lo previsto en el Contrato y las normas relativas a las contrataciones estatales, existiendo manifestación expresa y probada que la consintió en su oportunidad, situación que ahora pretende soslayar incorporando como pretensión un pedido de recálculo que no controvirtió y que es extemporáneo.

#### **Posición de la TELEFONICA**

TELEFONICA alega que la excepción de caducidad formulada por la ONPE carece de fundamentos, por lo que la misma debe ser declarada infundada, señalando:

i) Respeto de la Carta TDP -GIN-001-2015

Expone la TELEFONICA que cursó la Carta TDP -GIN-001-2015 para que la ONPE reconsiderere las penalidades impuestas, procedimiento no regulado ni en las normas de contratación pública ni en el Contrato y que la reconsideración formulada no es más que una solicitud de gracia para que la ONPE analice con mayor detalle las penalidades impuestas y las deje sin efecto. El mecanismo de solución de controversias establecido en el Contrato solo contempla la conciliación y el arbitraje. En ese sentido, según alega nada hubiera ocurrido si, sin presentar la Carta TDP -GIN-001-2015 procedía, dentro del plazo de Ley, a activar el mecanismo de solución de controversias acordado, lo que efectivamente ocurrió.

Menciona TELEFONICA que, conforme a lo anterior, la ONPE incurre en un error al señalar que sentó su posición en la Carta TDP -GIN-001-2015 respecto de la penalidad cuestionada, dejándola consentir por no haber hecho expresa mención a ella. Afirma TELEFONICA que presentó esa comunicación para evitar la activación del procedimiento de solución de controversias previsto en el Contrato, lo que finalmente no pudo ser evitado. En este sentido, el no haber hecho referencia a la penalidad cuestionada en la Carta TDP -GIN-001-2015, no puede considerarse como que sentó su posición sobre dicha penalidad y menos aún la dejó consentir, toda vez que conforme han demostrado, la Carta TDP -GIN-001-2015 no forma parte del procedimiento de solución de controversias y, por tanto, no puede sostenerse que renunció a cuestionar la Penalidad Cuestionada.

ii) Respeto de la Solicitud de Conciliación

Expresa la TELEFONICA que la ONPE sostiene este extremo de la excepción formulada en el supuesto que no sometió a conciliación la Penalidad Cuestionada, pues solo se habrían sometido a conciliación las demás penalidades comunicadas mediante Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE.

Indica la TELEFONICA que, este argumento carece de sustento, pues de la sola revisión de su Solicitud de Conciliación queda claro que todas las penalidades comunicadas en la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE fueron sometidas a arbitraje, siendo que su Solicitud de Conciliación señala expresamente:

*"TELEFÓNICA presenta la solicitud de conciliación con el objetivo que la ONPE:*

- *Deje sin efecto las penalidades comunicadas mediante la Carta No. 000202-2014-SGL-GAD/ONPE, notificada a TELEFÓNICA el 23 de diciembre de 2014, aplicadas en la ejecución del Contrato No. 148-2014-ONPE.*
- *Proceda al recálculo de las penalidades materia de la Carta No. 000202-2014-SGL-GAD/ONPE, teniendo en consideración los términos pactados en el Contrato No. 148-2014-ONPE, conforme a los montos y fórmula de cálculo contenido en la Carta TELEFÓNICA-GIN-001-2014, remitido por TELEFÓNICA a la ONPE el 7 de enero de 2015. (...)"*

Manifiesta la TELEFÓNICA que mediante Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE la ONPE le comunicó la imposición de cuatro penalidades y que cuando presentó la Solicitud de Conciliación con la finalidad de que la ONPE “*deje sin efecto las penalidades comunicadas mediante la Carta No. 000202-2014-SGL-GAD/ONPE, notificada a TELEFÓNICA el 23 de diciembre de 2014, aplicadas en la ejecución del Contrato No. 148-2014-ONPE*”, solicitó que se dejase sin efecto todas las penalidades materia de la referida Carta No. 000202-2014-SGL-GAD/ONPE, por lo que no puede interpretarse que excluyó de su pedido la penalidad cuestionada, pues el pedido fue claro: todas las penalidades debían dejarse sin efecto.

Expone TELEFÓNICA que, el hecho de que el segundo extremo de su pedido de conciliación haya hecho referencia a que la ONPE debía efectuar el recálculo de las penalidades impuestas conforme a los términos desarrollados en la Carta TDP -GIN-001-2014 (sin mayor desarrollo sobre la penalidad cuestionada), tampoco puede ser entendido como que no sometió a conciliación la penalidad cuestionada.

Indica la TELEFÓNICA que el hecho de no haber desarrollado un mayor sustento en la Carta TDP -GIN-001-20154 sobre cómo debían aplicarse las penalidades impuestas, no puede entenderse de manera aislada respecto del extremo de su Solicitud de Conciliación referido a que la ONPE debía dejar sin efecto todas las penalidades materia de la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE. Agrega que si acaso según alega la ONPE, no sustentó correctamente en la Solicitud de Conciliación en cuanto a cómo debía procederse al recálculo de la penalidad cuestionada, ello no puede ser interpretado unilateralmente por la ONPE como una renuncia o consentimiento. Concluye afirmando que en ese sentido, habría quedado demostrado que la Solicitud de Conciliación sí incluyó a la penalidad cuestionada, por lo que este extremo de la excepción formulada por la ONPE también carece de sustento.

### Decisión del ÁRBITRO ÚNICO

Del análisis de las posiciones expuestas por las partes, es de verse que la Excepción de Caducidad formulada por la ONPE sustenta dos extremos, el primero referido a que TELEFÓNICA consintió la aplicación de las penalidades hasta por S/ 188,962.84, controvertidas ni con la Carta TDP -GIN-001-2014 de 07 de enero de 2015 ni con la solicitud de conciliación del 16 de enero de 2015, produciendo la caducidad de su derecho a formar controversia como consecuencia de actos propios inmediatos y posteriores a la comunicación de la penalidad.

El segundo extremo, refiere que la demanda respecto de la penalidad del ítem 1 a) deviene en extemporánea al haberse incurrido en caducidad, por efecto de del plazo del numeral 52.2 del Artículo 52<sup>1</sup> de la LCE, por haber validado, con actos propios, la recepción y conformidad de la

<sup>1</sup> **Artículo 52º de la LCE**

"(...) 52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos, en los que la materia en controversia se refiere a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento..."

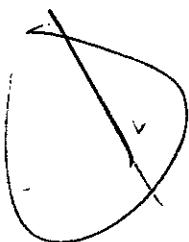
(...)Todos los plazos previstos son de caducidad."

**Artículo 215º del Reglamento de la LCE**

"(...) Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no acuerdo total o parcial (...)." 

prestación prevista en este ítem con un retraso de 4 días y producida la culminación de la ejecución contractual.

Con respecto al primer extremo anotado, el Arbitro Único aprecia que el meollo de la cuestión radica en los alcances de la reconsideración presentada con Carta TDP-GIN-001-2014 de 07 de enero de 2015. En esta comunicación, en sus párrafos inicial y final<sup>2</sup> TELEFONICA señala que su solicitud está referida a las penalidad de la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE, más la ONPE sostiene que por no incluir el detalle del recálculo de todas y cada una de las penalidad y por indicar la penalidad calculada en S/. 188,962.94 y el Total Penalidad calculada por Mora en S/. 193,22.84<sup>3</sup>, debe entenderse que consintió en el monto total de la penalidad impuesta.



Sin hacer juicio sobre la forma de cálculo y detalle de los montos en cuestión, el Arbitro único, estima que aun cuando es evidente en la Carta TDP -GIN-001-2014 la omisión parcial indicada por la ONPE y que asimismo es confusa en cuanto al monto de la penalidad que no condice con su demanda; es notorio que ello no es óbice para que se entienda que la reconsideración de TELEFONICA comprende a todas la penalidades aplicadas con la Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE, cuestión que es aclarada con la solicitud de Conciliación, acompañada por la ONPE como Anexo S de la contestación a la demanda.

Este documento, que si bien no se explaya en los detalles de cada penalidad, en su acápite inicial **I. RECLAMOS A CONCILIAR**, expone que busca: i) se deje sin efecto las penalidades de la Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE, ii) se proceda al recálculo de las penalidades con

<sup>2</sup> Párrafo inicial: "Por la presente lo saludamos cordialmente y a la vez solicitamos tener a bien reconsiderar las penalidades indicadas en su carta de la referencia 3, sobre la cual hemos formulado los siguientes ejercicios y precisiones con la finalidad de establecer las penalidades que en realidad corresponden ser aplicadas por parte de ONPE a nuestra representada: (...)"

Párrafo Final: "Sin otro particular, esperamos que con estas precisiones se esclarezca la verdadera magnitud de las penalidades a ser aplicadas". Los resaltados en negrita son del Árbitro Único.

<sup>3</sup> Primer párrafo de la última página: "Por lo expuesto, se concluye que el importe total de penalidades que debe aplicar ONPE a nuestra representada seria por un monto de S/.194,282.84". El resultado en negrita es del Árbitro Único.

A handwritten mark consisting of a stylized letter 'A' with a horizontal line extending from its top right corner.

arreglo al Contrato y formula de calculo de su Carta TDP-GIN-001-2014 y iii) se reserva el derecho de ampliar sus pretensiones.

Las pretensiones según la solicitud de arbitraje, conforme al Acta de Instalación del Árbitro Único, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE, son:

*"se ordene dejar sin efecto las penalidades comunicadas mediante la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE, aplicadas en ejecución del Contrato.*

*se proceda el recálculo de las penalidades materia de la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE, conforme a los términos pactados en el Contrato y las formulas y montos contenidos en la Carta N°TDP-GIN-001-2014, remitida por la demandante a la Entidad demandada.*

*La demandada se reserva el derecho de ampliar sus pretensiones y/o plantear dentro del proceso arbitral pretensiones indemnizatorias por los daños que pudieron haber causado".*

Del análisis integral de la documentación anotada, resulta entonces que no es posible sostener que la controversia no comprenda en sus alcances todas las penalidades aplicadas ni forma lógica de interpretar que se haya excluido alguna de su reclamación.

En cuanto a lo referido al plazo del numeral 52.2 del Artículo 52º de la LCE, es de precisar que no se dan los supuestos para su aplicación, porque no hay el consentimiento alegado por la ONPE en vista que TELEFONICA no habría sometido a conciliación la penalidad cuestionada, desestimándose la argumentación de esta en el sentido que solo se habrían sometido a conciliación las demás penalidades comunicadas mediante Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE.

Del análisis efectuado tampoco resulta de aplicación el plazo de caducidad de la norma acotada ni aquel del Artículo 215º<sup>4</sup> del Reglamento por cuanto conforme a la propia declaración de la ONPE, en su

---

<sup>4</sup> **Artículo 215º del Reglamento de la LCE**

*"(...) Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no acuerdo total o parcial (...)."*

contestación a la demanda<sup>5</sup> aludida en acápite previo, la controversia quedó establecida oportunamente, señalando:

*"4.- En el presente caso se tiene que antes de producirse la culminación de la ejecución contractual, Telefónica del Perú dejó constancia de la existencia de controversias derivadas de la aplicación de las penalidades comunicadas por ONPE mediante Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE de fecha 22/12/14, habiendo remitido en fecha 07/01/15 la Carta TDP-GIN-001-2014 solicitando la reconsideración de las mismas (...)"* (El resaltado en negrita es del Árbitro Único).

Asimismo respecto de la oportunidad de presentación de la solicitud de Conciliación no existe contradicción formulada por la ONPE, siendo que está en efecto se produce con anticipación al vencimiento del plazo comentado. Sobre la oportunidad del inicio del arbitraje no hay objeciones de las partes.

En las condiciones reseñadas el Arbitro Único ha arribado a la convicción que la Excepción de Caducidad formulada por la ONPE debe desestimarse, sin perjuicio que con el análisis de las respectivas pretensiones se establecerá lo que corresponda en cuanto a las penalidades aplicadas y las razones de la reclamación de TELEFONICA.

#### **10.4. ANALISIS DEL PRIMER BLOQUE**

Comprende la determinación sobre si corresponde o no, el recálculo de la penalidad aplicada y la inmediata restitución de las sumas retenidas por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico (Centros de Votación IE Lincoln e IEP Clara Cogorno – Secundaria de La Punta), correspondientes al Literal a) Numeral 1 Anexo C de los Términos de Referencia de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía N°0151-2014-ERM-2014-ONPE, comprendidas en el **Primer y Segundo Puntos**

---

<sup>5</sup> Punto 4. del acápite III EXCEPCION DE CADUCIDAD, pagina 8, del escrito de contestación a la demanda.

**Controvertidos** que a su vez corresponden con la Primera Pretensión Principal y su Primera Pretensión Accesoria, de la demanda.

### Posición de la TELEFONICA

Manifiesta TELEFONICA que, conforme al “Componente 2” del Numeral V de los Términos de Referencia, debía establecer el Enlace a la Red de Voto Electrónico para diversos centros de votación. Según el Literal a) del Numeral 1 del Anexo C de los Términos de Referencia, ello debía ocurrir a más tardar el 18 de setiembre de 2014. Sin embargo, el Enlace a la Red de los centros de votación IE Lincoln de la Punta e IEP Clara Cogorno – Secundaria de la Punta fue establecido recién el 22 de setiembre de 2014, con cuatro días de atraso. El 23 de diciembre de 2014 la ONPE les notificó la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE con la aplicación de la penalidad correspondiente al retraso antes señalado, conforme a lo siguiente:

Cálculo Penalidad Anexo C, ítem 1,a)

| CENTRO DE VOTACIÓN CON EL SISTEMA DE VOTO ELECTRÓNICO | FECHA DE INSTALACIÓN | FECHA DE INSTALACIÓN (CONTRATISTA) | Retraso en días | Penalidad diaria | Penalidad calculada S/. |
|---|----------------------|------------------------------------|-----------------|------------------|-------------------------|
| IEP LINCOLN DE LA PUNTA                               | 18/09/2014           | 22/09/2014                         |                 |                  |                         |
| I.E.P. CLARA COGORNO - SECUNDARIA DE LA PUNTA         | 18/09/2014           | 22/09/2014                         | 4               | 47,240.71        | 188,962.84              |

Sostiene TELEFONICA que, como puede verse del cuadro transcrita, la ONPE ha considerado que incurrió en una demora de cuatro días en el cumplimiento de la referida obligación y para el cálculo de la penalidad, habría aplicado la fórmula de cálculo contemplada en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato.

Indica TELEFONICA que, la ONPE ha incurrido en un error al determinar la “penalidad diaria”, y con ello el total de la penalidad aplicada ascendente a S/.188,962.84). En efecto, si bien la ONPE no ha expuesto como determina la “penalidad diaria”, la misma no es la resultante de aplicar la fórmula prevista en la Cláusula Décimo Tercera, toda vez que la

correcta determinación de la “penalidad diaria”, y con ello el total de la penalidad aplicable, es la siguiente:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en Días}}$$

Dónde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;  
F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

Considerando:

Monto: S/. 2'456,517.00

Plazo en días: 56 (contados desde el 5 de septiembre, en que se suscribió el Contrato hasta el 31 de octubre, plazo en que TELEFONICA debía proceder al retiro de equipos según el Anexo C, siendo esta la última prestación a su cargo)

F: 0.40

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times 2'456,517.00}{0.40 \times 56}$$

$$\text{Penalidad Diaria} = \text{S/.} 10,966.59$$

$$\text{Penalidad x 4 días} = \text{S/.} 43,866.36$$

Manifiesta TELEFONICA que, por lo tanto, queda claro que la ONPE ha incurrido en un error al determinar la penalidad aplicable por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico para los centros de votación IE Lincoln de la Punta e IEP Clara Cogorno – Secundaria de la Punta, correspondientes al Literal a) del Numeral 1 del Anexo C de los Términos de Referencia, no debiendo aplicarse en consecuencia los S/. 188,962.84 determinados en la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE, sino el importe antes señalado, correspondiendo en consecuencia que se proceda al recálculo de la penalidad impuesta.

Sobre la Pretensión Accesoria de la Primera Pretensión Principal de su demanda, sostiene TELEFONICA que, efectuado el recálculo de la penalidad impuesta, corresponde que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TELEFONICA de las sumas que fueran indebidamente

  
26

retenidas como cobro de las penalidades impuestas, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

### **Posición de la ONPE**

Menciona la ONPE que del tenor de la Carta TDP-GIN-001-2014 mediante la cual TELEFONICA se pronuncia sobre todas las penalidades aplicadas por ONPE, se puede concluir de manera indubitable que en relación al ítem 1 a) del Anexo C, TELEFONICA nunca cuestionó la penalidad por mora determinada por ONPE en el monto de S/ 188,962.84, sino más bien la admitió como válida y correcta.

Indica la ONPE que, el reconocimiento de la validez y por ende el consentimiento de la penalidad aplicada sobre el ítem 1 a) referido a la fecha límite para tener instalados, configurados y operativos los enlaces de telecomunicaciones de la Red de Voto Electrónico – VE, se halla además comprobada con los términos de la solicitud de conciliación presentada por TELEFONICA ante el Centro de Conciliación y de Negociación Omega, donde no hace mención alguna a la existencia de controversia sobre dicho extremo, remitiéndose a los fundamentos de la Excepción de Caducidad deducida por su parte, de la cual alega se determina que ha operado el plazo de Caducidad para someter a arbitraje cualquier controversia sobre la penalidad aplicada sobre el ítem 1 a) del Anexo C.

Argumenta la ONPE que de los fundamentos señalados en la demanda respecto a la primera pretensión principal y pretensión accesoria de la misma, se constata que TELEFONICA admite la existencia de un retraso de 4 días en la ejecución del servicio del ítem 1 a), empero cuestiona la forma o método de cálculo de la penalidad diaria; sin embargo, dicho aspecto no merece análisis ni pronunciamiento del árbitro, en tanto ha sido planteado de manera extemporánea, existiendo prueba suficiente que demuestra que dicha penalidad fue consentida en su oportunidad por TELEFONICA y por tanto no puede ser recurrible en la vía arbitral al



haber incurrido en caducidad, deviniendo ambas pretensiones en desestimables.

### Decisión del ÁRBITRO ÚNICO

La posiciones de las partes respecto de la Primera Pretensión Principal y su Pretensión Accesoria referidas a la penalidad aplicada sobre el ítem 1 a) del Anexo C de los Términos de Referencia del Contrato, en resumen se sustentan, por el lado de la ONPE en la ausencia de cuestionamiento de la TELEFONICA y por ende en el consentimiento de la penalidad y respecto del monto de S/. 188,962.84, que alega habría admitido como válido y correcto, y que este aspecto no merecería ni análisis ni pronunciamiento del Árbitro Único.

Por su parte TELEFONICA argumenta, la ausencia de una exposición de la ONPE sobre cómo es que determina la “*penalidad diaria*” y el cálculo erróneo de la penalidad que no condice con la fórmula prevista en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato para el cálculo de la penalidades. En cuanto a la argumentación de la ONPE el Árbitro Único ya ha discernido en el sentido que no hay consentimiento de la penalidad, en cuanto al monto, por parte de TELEFONICA y que su reclamación sobre ese extremo de la penalidad aplicada sobre el ítem 1 a) del Anexo C, es materia sometida a su competencia, al haberse desestimado la Excepción de Caducidad planteada por su contraparte.

Queda así para el pronunciamiento en el presente Laudo, la cuestión referida al cálculo del monto de la penalidad aplicada por la ONPE; sobre ese particular, de la lectura de la CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA DEL CONTRATO: PENALIDADES, en efecto con arreglo al Artículo 165° del Reglamento, establece la aplicación de penalidades por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato; asimismo establece la aplicación de la penalidad, por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto del Contrato o del ítem correspondiente, de ser el caso. Para el cálculo de la penalidad se fija la formula reproducida fielmente en la demanda.

De la revisión de la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE y la contestación a la demanda, es ostensible la ausencia de sustentación del cálculo que resulta en la aplicación de la penalidad en el monto de S/. 188,962.84, por el contrario de lo expuesto y de la revisión de los cálculos efectuados por la TELEFONICA considerando: i) el periodo de atraso de 4 días no cuestionado por las partes, ii) el Monto del Contrato de S/.2'456,517.00, y iii) el plazo de 56 días del mismo; de la aplicación de la formula el Contrato (y del Artículo 165º del Reglamento), el monto de la Penalidad Diaria resulta en S/.10,966.59 y el total de la Penalidad por los 4 días de atraso resulta en el total de S/.43,866.36.

Es de anotar que la diferencia entre los montos calculados por las partes resulta de la penalidad diaria establecida por la ONPE al aplicar en la formula el periodo de “13 días trascurridos desde inicio del servicio y plazo límite para la instalación”, según se indica en la parte pertinente de su escrito de 09 de mayo de 2016, en tanto que TELEFONICA considera el plazo del contrato pactado en 56 días.

Siendo ello así, el Arbitro Único ha arribado a la conclusión que procede el recalculo de la penalidad aplicada de S/.188,962.84 por la ONPE por el atraso de 4 días en el cumplimiento del ítem 1 a) del Anexo C, no se ajusta a la formula prevista en el Contrato y el Artículo 165º del Reglamento, siendo el monto correcto de S/. S/.43,866.36, por lo que debe ampararse la Primera Pretensión Principal de la demanda declarándola Fundada y por consecuencia su Pretensión Accesoria disponiendo la restitución a TELEFONICA del monto retenido en exceso ascendente a S/.145,096.48, con los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

#### 10.4. ANALISIS DEL SEGUNDO BLOQUE

Comprende la determinación sobre si corresponde o no, el recálculo de la penalidad aplicada y la inmediata restitución de las sumas retenidas, por la demora en la entrega del “*Plan y configuración inicial del servicio*”, correspondiente al Numeral 2 Anexo C de los Términos de Referencia de las

Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía N°0151-2014-ERM-2014-ONPE, comprendidas en el **Tercer y Cuarto Puntos Controvertidos**, que a su vez corresponden con la Segunda Pretensión Principal y su Pretensión Accesoria, de la demanda.

### Posición de la TELEFONICA

TELEFONICA expone que conforme al Numeral 2 del Anexo C de los Términos de Referencia, el “*Plan y configuración inicial del servicio*” debía ser entregado a más tardar a los 15 días de suscrito el Contrato, es decir, el 20 de setiembre de 2014; sin embargo, fue entregado recién el 23 de setiembre de 2014 (Anexo 5 la Carta TDP-GIN-131-2014); a consecuencia de ello, mediante la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE, la ONPE les impuso una penalidad de S/.92,119.38 aplicada de acuerdo a la fórmula de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, conforme a lo siguiente:

Cálculo Penalidad Anexo C, ítem 2.

| Plan y configuración Inicial del servicio        | FECHA DE INSTALACIÓN | Fecha de Entrega | Retraso en días | Penalidad diaria | Penalidad calculada S/. |
|--|----------------------|------------------|-----------------|------------------|-------------------------|
| Quince (15) días después de suscrito el contrato | 20/09/2014           | 23/09/2014       | 3               | 30,706.46        | 92,119.38               |
| Observado y comunicado al Contratista            | 29/09/2014           |                  |                 |                  |                         |
| Se recibe subsanación de observación conforme,   |                      | 30/09/2014       |                 |                  |                         |

Manifiesta TELEFONICA que comunico a la ONPE su disconformidad con el cálculo de la penalidad impuesta con la Carta TDP-GIN-001-2014, sustentando que el cálculo efectuado por la ONPE era incorrecto, y señalando cómo debía calcularse tal penalidad. Según TELEFONICA, la ONPE calcula la penalidad aplicando la fórmula de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, aun cuando no sustenta cómo efectúa el cálculo de la “penalidad diaria”; sin embargo, que el supuesto de la aplicación de penalidad para el caso, es uno de los expresamente previstos en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de aplicación de penalidades

específicas para una situación de retraso como la ocurrida, debiendo en consecuencia aplicarse la penalidad prevista en el Literal a) de la referida cláusula.

La Cláusula Décimo Cuarta señala:

**"CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: OTRAS PENALIDADES**

- a. *En caso EL CONTRATISTA del servicio incumpla con los plazos que se señalan en el numeral 2 del anexo C de las bases administrativas, se aplicará una penalidad diaria equivalente al veinte por ciento (20%) de una UIT por cada enlace que incumpla los plazos. (...)"*

Asimismo, el Anexo C de las Bases señala:

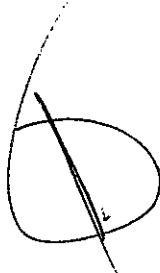
II ANEXO C  
Plazo de Ejecución del servicio de la RED DE VOTO ELECTRÓNICO - VE

| COMPONENTES DEL SERVICIO   | Fecha Inicio  | Fecha fin   |
|--|---|---|
| VOTO ELECTRÓNICO - VE  |   |   |
| 1. Para los enlaces comprendidos en los componentes 1 y 2 del capítulo V, se deberá tener la siguiente consideración   |   |   |
| a) La fecha límite para tener instalados, configurados y operativos los enlaces de telecomunicaciones de la Red de Voto Electrónico - VE según los requerimientos descritos en el presente documento.  |   | 18 de setiembre                                   |
| b) Período de validación de los enlaces de telecomunicaciones de la Red de Voto Electrónico - VE según los requerimientos descritos en el presente documento. Se incluye la validación del tipo de encriptación.   | 19 de setiembre   | 20 de setiembre                                   |
| c) Período de operatividad de los enlaces de telecomunicaciones de la Red de Voto Electrónico - VE.  | 20 de setiembre   | 06 de octubre.                                    |
| d) Desinstalación y retiro de todo el equipamiento y material dotado en los centros de votación así como la subasunción de los daños ocasionados en la instalación de los mismos (el proveedor tendrá tres (03) días calendario para realizar la tarea descrita una vez que haya sido notificado por la ONPE). | Se realizará a partir del día siguiente del cierre de los centros de votación | No deberá de exceder del 31 de Octubre.           |
| e) Implementación de redondeces.   | Se realizará a partir del día siguiente de firmado el contrato                | Hasta 7 días después de firmado el contrato.      |
| 2. Plan y configuración inicial del servicio deberá ser entregado  |   | Quince (15) días después de suscrito el contrato. |
| 3. Instalación y configuración del servidor de gestión   |   | No deberá de exceder del 18 de Setiembre.         |
| 4. Informe de instalación e implementación del servicio deberá ser entregado   |   | 27 de setiembre                                   |
| 5. El informe final del servicio deberá ser entregado  |   | 19 de octubre.                                    |

Indica TELEFONICA en conclusión que, al haberse producido una demora de tres días en el cumplimiento de la entrega del "Plan y configuración inicial del servicio" previsto en el Numeral 2 del Anexo C, se configura el supuesto previsto en el Literal a) de la Cláusula Décimo Cuarta, debiendo en consecuencia aplicarse la penalidad prevista en ella, y no la determinada por la ONPE en su Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE.

Conforme a lo alegado por TELEFONICA, en aplicación del Literal a) de la Cláusula Décimo Cuarta, la penalidad debe ser calculada considerando "tres días" de incumplimiento.

Subraya TELEFONICA que, la penalidad impuesta por la ONPE comunicada mediante la Carta TDP -GIN-002-2015 no se ajusta a lo establecido en el Contrato, por lo que la misma debería ser recalculada tomando en consideración lo señalado en el Literal a) de la Cláusula Décimo Cuarta y no siendo aplicable por tanto, la fórmula prevista en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato que ha sido aplicada erróneamente por la ONPE.

  
La penalidad debe ser calculada considerando la UIT vigente en el año 2014 (S/.3,800.00), siendo en consecuencia que la correcta determinación de la penalidad es la siguiente:

$$20\% \text{ UIT} = S/.3,800 \times 0.20 = S/.760.00$$

$$\text{Monto de la Penalidad: } S/.760 \times 3 \text{ días} = S/.4,560.00$$

Alega TELEFONICA que aun en el supuesto negado en el que fuera aplicable el procedimiento de cálculo previsto en la Cláusula Décimo Tercera para la aplicación de penalidades, la misma ha sido aplicada incorrectamente por la ONPE, que si esta fuera aplicable, lo que niegan, la penalidad debió calcularse de la siguiente manera:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en Días}}$$

Dónde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;  
F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

  
32

Considerando:

Monto: S/.2'456,517.00

Plazo en días: 56 (contados desde el 5 de septiembre, en que se suscribió el Contrato hasta el 31 de octubre, plazo en que LA CONTRATISTA debía proceder al retiro de equipos según el Anexo C, siendo esta la última prestación a su cargo)

F: 0.40

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times 2'456,517.00}{0.40 \times 56}$$

$$\text{Penalidad Diaria} = \text{S/.}10,966.59$$

$$\text{Penalidad x 3 días} = \text{S/.}32,899.77$$

  
Manifiesta TELEFONICA que, habiéndose procedido al recálculo de la penalidad impuesta respecto de entrega del "*Plan y configuración inicial del servicio*", corresponde que se ordene a la ONPE la inmediata restitución a TELEFONICA de las sumas que fueran indebidamente retenidas como cobro de las penalidades impuestas, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

### **Posición de la ONPE**

Manifiesta la ONPE que, el ítem 2 del Anexo C, corresponde al "*Plan y configuración inicial del servicio*" que según los Términos de Referencia que forman parte del Contrato, debía ser entregado hasta quince días después de suscrito el contrato, vale decir hasta el 20 de setiembre de 2014, de tal forma que al haberse producido recién el 23 de setiembre de 2014 resulta claro que estamos ante un supuesto de retraso injustificado de 3 días que la TELEFONICA admite con el numeral 5.10 pagina 8 de la demanda, al que cabe aplicar la penalidad por mora prevista en la Cláusula Décimo Tercera.

En lo concerniente al literal a) de la Cláusula Décimo Cuarta, cuya aplicación pretende TELEFONICA señalando que teniendo en cuenta el valor de la UIT del año 2014 y el porcentaje de 20% de la UIT, el monto de la penalidad ascendería a S/. 4,560.00 y no a S/. 92,119.38 como

calculó la ONPE; tal Cláusula se refiere al incumplimiento de los plazos que se señalan en el numeral 2 del Anexo C, más específicamente a la **identificación de los enlaces** en los que se produjo tal incumplimiento.

Menciona la ONPE que, el Entregable “*Plan y configuración inicial del servicio*”, está referido a la presentación de los componentes señalados en el numeral 1 del Acápite VIII de los Términos de Referencia de las Bases, de tal forma que al haberse cumplido éste recién el 23 de setiembre de 2014, la penalidad aplicable es la mora en su presentación según lo previsto en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato.

En consecuencia según la ONPE, las pretensiones principal y accesoria sobre la penalidad, deben desestimarse en todos sus extremos.

### **Decisión del ÁRBITRO ÚNICO**

Del análisis de lo expuesto por las partes, resulta que la TELEFONICA al admitir el retraso de 3 días en el cumplimiento de la prestación, solo impugna el monto de la penalidad de S/. 92,119.38 impuesta por la ONPE, alegando la errónea aplicación de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, cuando al supuesto de mora constituido por el retraso de 3 días en la entrega del “*Plan y configuración inicial del servicio*” le corresponde más bien la aplicación de la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, de cuya aplicación resulta el monto de S/. 4,560.00.

No obstante precisa que, aun el en caso que la aplicación de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato sea la correcta, la determinación del monto de la penalidad no es el correcto siendo que correspondería una penalidad de solo S/.32,899.77.

La ONPE solo recusa la pretensión de aplicar la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, sin sustentar el monto de la penalidad que habría calculado según la fórmula de la Décimo Tercera del Contrato.

Examinadas las razones expuestas por las partes que llevan a la discrepancia sobre el monto de la penalidad aplicada como consecuencia de la aplicación de la Décimo Tercera del Contrato, el Arbitro único no encuentra fundamento en la argumentación de la ONPE respecto a que tal aplicación sea correcta, en rigor no encuentra fundamento en la argumentación de la ONPE cuando señala que la cláusula en mención se refiere al incumplimiento de los plazos que se señalan en el numeral 2 del Anexo C, más específicamente a **la identificación de los enlaces** en los que se produjo tal incumplimiento. La argumentación aludida importa una distinción que no se sustenta ni en el contrato y los documentos que lo integran ni la norma aplicable.

En abono de lo dicho es de verse que la propia argumentación de la ONPE señala que la Cláusula **Décimo Cuarta del Contrato: Otras Penalidades**, está referida de manera expresa al incumplimiento de los plazos del numeral 2 (y los numerales 4 y 5) del anexo C de las Bases Administrativa, esto es que el Contrato, en el texto de la referida Clausula establece una penalidad específica, aplicable la situación de retraso que motiva la penalidad comunicada con Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE; la Cláusula **Décimo Tercera: Penalidades**, está referida de manera general a las situaciones que podrían implicar sanción, distintas de las situaciones específicas señaladas taxativamente en aquella.

La correcta determinación de la penalidad, calculada considerando la UIT vigente en el año 2014 (S/.3,800.00), es la siguiente:

$$20\% \text{ UIT} = S/.3,800 \times 0.20 = S/.760.00$$

$$\text{Monto de la Penalidad: } S/.760 \times 3 \text{ días} = S/.2,280.00$$

Siendo ello así, el Arbitro Único concluye por establecer que procede el recálculo de la penalidad dado que, el monto de la penalidad aplicada por la ONPE por el atraso de 3 días en el cumplimiento de la entrega del “*Plan y configuración inicial del servicio*”, no se ajusta a la formula prevista

en el Contrato, específicamente en su Clausula Décimo Cuarta y el Artículo 165° del Reglamento, por lo que debe ampararse la Segunda Pretensión Principal de la demanda declarándola Fundada y por consecuencia su Pretensión Accesoria disponiendo la restitución a TELEFONICA del monto retenido en lo que excede a la penalidad establecida en el presente laudo, ascendente a S/. S/.2,280.00, esto es S/. 89,839.38 (S/.92,119.38 menos 2,280.00), con los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

#### 10.5. ANALISIS DEL TERCER BLOQUE

Comprende la determinación sobre si corresponde o no, que se declare que TELEFÓNICA no incurrió en incumplimiento, se deje sin efecto la penalidad aplicada por atraso en la entrega del "*Informe de Instalación e implementación del servicio*" comunicada con la Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE y la restitución de los montos retenidos. Asimismo, en caso no se ampara las pretensiones previas, se haga el recálculo de la penalidad y se ordene la restitución del exceso retenido; Pretensiones comprendidas en los **Puntos Controvertidos Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo y Noveno**, que a su vez corresponden con la Tercera Pretensión Principal y sus Pretensiones Accesoria y Subordinada y la Accesoria a la Subordinada de la demanda de TELEFONICA.

#### Posición de la TELEFONICA

Sostiene TELEFONICA que, conforme al Numeral VIII de los Términos de Referencia de las Bases, uno de los entregables a su cargo era el "*Informe de Instalación e implementación del servicio*", (en adelante el "*Informe*") que debía entregarse según el cronograma previsto en el Numeral 4 del Anexo C de las Bases. La ONPE, con la Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE, le impuso una penalidad de S/.669,959.28

aplicada con la fórmula prevista en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, conforme al cálculo siguiente:

Cálculo Penalidad Anexo C, ítem 4.

| Informe de Instalación e Implementación del servicio                     | FECHA DE INSTALACIÓN | Fecha de Entrega | Retraso en días | Penalidad diaria | Penalidad calculada S/. |
|--|----------------------|------------------|-----------------|------------------|-------------------------|
| Con fecha establecida al:  | 27/09/2014           | 26/09/2014       |                 |                  |                         |
| 1ra. Observación comunicada al proveedor el                              | 29/09/2014           |                  |                 |                  |                         |
| Se recibe subsanación de observación parcial faltando dos observaciones. | 01/10/2014           | 01/10/2014       |                 |                  |                         |
| 2da. Observación comunicada al proveedor el                              | 09/10/2014           |                  |                 |                  |                         |
| Se recibe subsanación de observación parcial, faltando una observación.  | 14/10/2014           | 14/10/2014       |                 |                  |                         |
| 3ra. Observación comunicada al proveedor el                              | 17/10/2014           |                  |                 |                  |                         |
| Se levantó observación.  | 21/10/2014           | 21/10/2014       |                 |                  |                         |

Como puede verse del cuadro inserto, la ONPE considera que TELEFONICA incurrió en una demora de 24 días en la entrega del *Informe* en cuestión; mas esta alega que lo presentó incluso antes de la fecha del vencimiento de la fecha establecida para su presentación (el 26 de septiembre, siendo la fecha máxima era el 27), y que fue observado en diversas oportunidades:

- i) El 26 de septiembre de 2014, entregó el *Informe*, conforme con el Anexo 6 de su demanda (Carta TDP -GIN-0141-2014), un día antes de la fecha de vencimiento según lo previsto en el Anexo C,
- ii) El 29 de septiembre la ONPE les comunicó sus observaciones conforme con el Anexo 7 de su demanda (Acta de Observaciones).
- iii) El 02 de octubre TELEFONICA presentó las subsanaciones conforme con el Anexo 8 de su demanda (Carta S/N del 02 de octubre de 2014). En la Carta N°.000202-2014-SGL-GAD/ONPE la ONPE considera que la presentación fue el 01 de octubre.
- iv) El 09 de octubre la ONPE formuló nuevas observaciones conforme con el Anexo 9 de su demanda (Acta de Observaciones).

- v) El 14 de octubre TELEFONICA presentó las subsanaciones conforme con el Anexo 10 de su demanda (Carta S/N del 14 de octubre de 2014).
- vi) El 17 de octubre la ONPE formuló nuevas observaciones conforme con el Anexo 11 de su demanda (Acta de Observaciones).
- vii) El 21 de octubre TELEFONICA subsanó definitivamente las observaciones conforme con el Anexo 12 de su demanda (Carta S/N del 21 de octubre de 2014).

Manifiesta TELEFONICA que, los 24 días de demora que la ONPE les imputa han sido computados, desde la fecha de vencimiento para la presentación del *Informe*, del 27 de setiembre hasta el 21 de octubre fecha en que se subsanaron todas las observaciones. Señala TELEFONICA que, sin embargo, en cada oportunidad que la ONPE efectuó una observación, les concedió el plazo correspondiente para la subsanación. Es decir, la ONPE otorgó un nuevo plazo para el cumplimiento de la prestación, según detalle a continuación:

- i) Acta de Observaciones del 29 de setiembre de 2014, la ONPE señaló que “*El proveedor deberá subsanar las observaciones señaladas a más tardar el día miércoles 02/10*”.  
El 02 de octubre, dentro del nuevo plazo concedido por la ONPE, TELEFONICA cumplió con presentar la subsanación de las observaciones formuladas el 29 de setiembre.
- ii) Acta de Observaciones del 09 de octubre de 2014: la ONPE señaló que “*El proveedor deberá subsanar las observaciones señaladas a más tardar el día martes 14/10*”.  
El 14 de octubre, dentro del nuevo plazo concedido por la ONPE, TELEFONICA cumplió con presentar la subsanación de las observaciones formuladas el 09 de octubre.

- iii) Acta de Observaciones del 17 de octubre de 2014: la ONPE señaló que “*El proveedor deberá subsanar las observaciones señaladas a más tardar el día martes 21/10*”.

El 21 de octubre, dentro del nuevo plazo concedido por la ONPE, TELEFONICA cumplió con presentar la subsanación de las observaciones formuladas el 17 de octubre.

Conforme a lo señalado, sostiene TELEFONICA haber acreditado que cumplió con subsanar todas las observaciones dentro del plazo concedido por la ONPE, debiendo tenerse en consideración lo establecido en el Artículo 176<sup>6</sup> del Reglamento sobre la recepción y conformidad de la prestación, el mismo que prevé el otorgamiento de plazo para subsanación de observaciones, siendo esto precisamente lo que ocurrió en su caso, pues en cada Acta de Observaciones la ONPE otorgó un plazo de subsanación, prorrogando así el plazo previsto para que TELEFONICA cumpliera con la prestación a su cargo.

Alega TELEFONICA que, sobre el particular, también es preciso tener en consideración la interpretación del OSCE respecto la aplicación del Artículo 176º del Reglamento y la relación existente entre el plazo de subsanación y la aplicación de penalidad en los términos de la Opinión N° 027-2010/DTN<sup>7</sup> que invoca y cuyo texto acompaña como Anexo 13 de su demanda.

---

<sup>6</sup> “Artículo 176º.- Recepción y conformidad

(...)

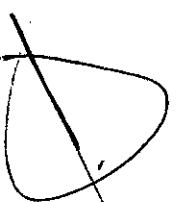
De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

{...}”.

**Opinión N° 027-2010/DTN del 10 de marzo de 2010**

2.6.1. Al respecto, cabe señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 176º del Reglamento, es responsabilidad de la Entidad recibir los bienes materia del contrato y emitir la respectiva conformidad de entrega al contratista, precisando en su cuarto párrafo las reglas aplicables a la formulación y subsanación de observaciones durante la entrega de bienes, conforme a lo siguiente: “De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.”

De lo señalado en la normativa, según alega la TELEFONICA, en caso que la prestación se haya cumplido de manera defectuosa, la ONPE tenía la potestad de establecer un plazo para la subsanación de las observaciones en la oportunidad debida. En su caso otorgó plazos adicionales por lo que no procedería la aplicación de penalidades por el período de la prórroga, en la medida que, si bien es cierto no satisfizo las prestaciones a su cargo en la fecha prevista, la ONPE optó, atendiendo a la naturaleza de las observaciones, por extender el plazo para su cumplimiento oportuno.

TELEFONICA abundando en su alegación, sostiene que cada uno de los plazos concedidos por la ONPE para la subsanación de las observaciones efectuadas implicó una prórroga o extensión del plazo para el cumplimiento de la prestación, periodo por el cual, conforme a lo opinado por el OSCE, no puede aplicarse penalidad alguna. Indica además que el Literal d) de la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato establece que “*(...) de existir observaciones respecto del cumplimiento de las actividades señaladas en el anexo C se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose a TELEFONICA un plazo prudencial para su subsanación*”. En ese sentido, dado que TELEFONICA cumplió con las subsanaciones dentro del plazo otorgado en cada oportunidad por la ONPE, no corresponde aplicar penalidad alguna debiendo declararse que no incurrió en las penalidades respecto de la entrega del “*Informe de Instalación e implementación del servicio*”, comunicadas con la Carta Nº 000202-2014-SGL-GAD/ONPE.

Alega TELEFONICA que, declarada fundada su Tercera Pretensión Principal y, en consecuencia, ratificado que no incurrió en incumplimiento alguno que amerite la aplicación de la penalidad correspondiente al

---

El texto de la Opinión Nº 027-2010/DTN aparece del Anexo 13 dela demanda.

"Informe de Instalación e implementación del servicio" comunicada mediante la Carta Nº 000202-2014-SGL-GAD/ONPE, corresponde también que el Árbitro Único deje sin efecto tal penalidad.

TELEFONICA solicita que, en vista que no incurrió en incumplimiento alguno que amerite la aplicación de la penalidad correspondiente al "Informe de Instalación e implementación del servicio" comunicada mediante la Carta Nº 000202-2014-SGL-GAD/ONPE, corresponde que se ordene a la ONPE la restitución de las sumas que fueran retenidas como cobro de las penalidades impuestas, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

Indica TELEFONICA que, en caso el Árbitro Único declare que incurrió en infracción que amerite la aplicación de penalidades en la entrega del "Informe de Instalación e implementación del servicio", y, en consecuencia, declare infundada su Tercera Pretensión Principal, corresponde que se proceda al cálculo correcto de las mismas; sustentando su pretensión en las alegaciones anotadas en una errónea aplicación de las disposiciones contractuales.

Sostiene el Contratista que, como puede verse del cuadro transscrito, la ONPE ha considerado que TELEFONICA incurrió en una demora de 24 días en la entrega del *Informe* y para el cálculo de la penalidad, habría aplicado la fórmula de cálculo contemplada en la Cláusula Décimo Tercera.

Indica el Contratista que, no encontrando conforme el cálculo de la penalidad impuesta remitió a la ONPE la Carta TDP-GIN-001-2014, sustentando por qué el cálculo efectuado por esta era incorrecto y señalando cómo debía calcularse.

Según la TELEFONICA la ONPE manifiesta haber calculado la penalidad con la fórmula contenida en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, aun cuando no sustenta cómo efectúa el cálculo de la "penalidad diaria". Sin

embargo, la ONPE no ha considerado que el supuesto penalizado más bien corresponde a uno de los expresamente previstos en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato para la aplicación de penalidades específicas para un supuesto como el ocurrido, debiendo en consecuencia aplicarse la penalidad prevista en el Literal c) de la referida cláusula.

Que, en efecto, la Cláusula Décimo Cuarta señala lo siguiente:

**"CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: OTRAS PENALIDADES**

c) *En caso EL CONTRATISTA del servicio incumpla con los plazos que se señalan en los numerales 4,5 del anexo C de las bases administrativas, se aplicará una penalidad diaria equivalente al diez por ciento (10%) de una UIT.*

(...)"

Que, asimismo, el Anexo C de las Bases señala:

| ANEXO C<br>Plazo de Ejecución del servicio de la RED DE VOTO ELECTRÓNICO - VE  |   |   |
|--|---|---|
| COMPONENTES DEL SERVICIO   | Fecha inicio  | Fecha fin   |
| <b>VOTO ELECTRÓNICO – VE</b>   |   |   |
| 1. Para los enlaces comprendidos en los componentes 1 y 2 del capítulo V, se deberá de tener la siguiente consideración:   |   |   |
| a) La fecha límite para tener instalados, configurados y operativos los enlaces de telecomunicaciones de la Red de Voto Electrónico - VE según los requerimientos descritos en el presente documento.  |   | 16 de setiembre                                   |
| b) Periodo de validación de los enlaces de telecomunicaciones de la Red de Voto Electrónico - VE según los requerimientos descritos en el presente documento. Se incluye la validación del tipo de encriptación.   | 19 de setiembre   | 20 de setiembre                                   |
| c) Periodo de operatividad de los enlaces de telecomunicaciones de la Red de Voto Electrónico - VE.  | 20 de setiembre   | 06 de octubre.                                    |
| d) Desinstalación y retiro de todo el equipamiento y material dotado en los centros de votación así como la subsanación de los daños ocasionados en la instalación de los mismos (el proveedor tendrá tres (03) días calendario para realizar la tarea descrita una vez que haya sido notificado por la ONPE). | Se realizará a partir del día siguiente del cierre de los centros de votación | No deberá de exceder del 31 de Octubre.           |
| e) Implementación de radioenlace.  | Se realizará a partir del día siguiente de firmado el contrato                | Hasta 7 días después de firmado el contrato.      |
| 2. Plan y configuración inicial del servicio deberá de ser entregado   |   | Quince (15) días después de suscrito el contrato. |
| 3. Instalación y configuración del servidor de gestión   |   | No deberá de exceder del 15 de Setiembre.         |
| 4. Informe de instalación e implementación del servicio deberá ser entregado   |   | 27 de setiembre                                   |
| 5. El informe final del servicio deberá ser entregado  |   | 19 de octubre.                                    |

Manifiesta TELEFONICA que, conforme a ello, en aplicación del Literal c) de la Cláusula Décimo Cuarta, la penalidad diaria debe ser calculada a razón del 10% de la UIT, por día de incumplimiento, considerando la UIT

vigente en el año 2014 (S/.3,800.00), siendo en consecuencia que la correcta determinación de la penalidad diaria es la siguiente:

|  |   |                   |                  |
|--|---|-------------------|------------------|
| 10% UIT                                  | = | S/.3,800 x 0.10 = | S/.380.00        |
| <b>Monto de la Penalidad<br/>Diaria:</b> | = |                   | <b>S/.380.00</b> |

Adicionalmente, respecto del cálculo del total de los días de incumplimiento, TELEFONICA sostiene que éste no corresponde a los 24 días que les imputa la ONPE, sino que sólo puede atribuirse 12 días, pues los otros 12 días restantes corresponden al periodo que la ONPE se tomó para formular sus observaciones, conforme a lo siguiente:

- 
- i) El 26 de setiembre de 2014, un día antes de la fecha de vencimiento según lo previsto en el Anexo C, entregó el Informe. Anexo 6 de la demanda.  
El 29 de setiembre de 2014, 2 días luego del vencimiento del plazo para la presentación del *Informe*, la ONPE comunicó sus observaciones. Anexo 7 de la demanda.
  - ii) El 02 de octubre de 2014, luego de 3 días, TELEFONICA presentó las subsanaciones. Anexo 8 de la demanda.  
La ONPE en la Carta Nº 000202-2014-SGL-GAD/ONPE consigna el 01 de octubre de 2014 como fecha de presentación.
  - iii) El 09 de octubre de 2014, 7 días después, la ONPE formuló nuevas observaciones. Anexo 9 de la demanda.  
El 14 de octubre de 2014, 5 días después, TELEFONICA presentó las subsanaciones. Anexo 10 de la demanda.
  - iv) El 17 de octubre de 2014, 3 días después, la ONPE formuló nuevas observaciones. Anexo 11 de la demanda.  
El 21 de octubre de 2014, luego de 4 días, TELEFONICA subsanó definitivamente las observaciones. Anexo 12 de la demanda.
- 

Los 24 días de demora que la ONPE le imputa como demora a TELEFONICA se han computado el 27 de setiembre, fecha de vencimiento para la presentación del Informe según el Anexo C, hasta el 21 de octubre, fecha de subsanación de todas las observaciones. La ONPE considera dentro de ese periodo de 24 días, los 12 días que incluyen el 27 de setiembre, del 02 al 09 y del 14 del 17 de octubre, periodo en que tuvo en su poder el Informe entregado por TELEFONICA y empleo en su revisión, que no le puede serle atribuido para aplicarle penalidades, por constituir un hecho propio atribuible a la propia ONPE. TELEFONICA anota que solo puede atribuirse los 12 días que le tomaron hacer las subsanaciones, periodo que va del 30 de setiembre al 02 de octubre; del 10 al 14 y del 18 al 21 de octubre; y que la ONPE no puede aplicar penalidades por el periodo que tuvo el *informe* bajo su poder y se tomó para revisar el Entregable, lapso que no es de responsabilidad de TELEFONICA y que constituye un hecho propio que le es atribuible.

Sostiene TELEFONICA que en base de los argumentos expuestos por su parte, la penalidad correspondiente a la demora en la entrega del Informe de Instalación e implementación del servicio debe ser calculada en base a una penalidad diaria de S/. 380.00 (según lo pactado en el Literal c. de la Cláusula Décimo Cuarta), y solo podría ser aplicada a los 12 días que empleó en el levantamiento de todas las observaciones.

Indica TELEFONICA que, de acuerdo a ello, la penalidad debe ser calculada de la siguiente manera:

|                               |                  |                 |                    |
|-------------------------------|------------------|-----------------|--------------------|
| 10% UIT                       | =                | S/.3,800 x 0.10 | S/.380.00          |
| Monto de la Penalidad Diaria: |                  | =               | S/.380.00          |
| Total Penalidad:              | S/.380 x 12 días |                 | <b>S/.4,560.00</b> |

Indica TELEFONICA que, habiéndose procedido al correcto recálculo de la penalidad impuesta bajo el concepto de *Informe*, corresponde que se

ordene a la ONPE la restitución a TELEFONICA de las sumas que fueran indebidamente retenidas como cobro de las penalidades impuestas bajo el concepto de "Informe de Instalación e implementación del servicio" que fuera comunicada a TELEFONICA mediante la Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

### **Posición de la ONPE**

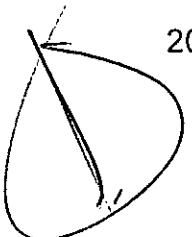
Indica la ONPE que, la TELEFONICA fundamenta sus pretensiones en que no habría incurrido en incumplimiento alguno que amerite la aplicación de penalidad, ya que manifiesta que inclusive presentó el informe de instalación e implementación del servicio antes de la fecha de vencimiento de su presentación, admitiendo que si bien estas fueron materia de observaciones, las mismas fueron subsanadas dentro del plazo y que la ONPE en cada oportunidad que efectuó una observación otorgó un nuevo plazo para el cumplimiento de la prestación, prorrogando así el plazo previsto para que TELEFÓNICA cumpliera con la prestación a su cargo, de tal forma que alega debe considerarse la interpretación que efectúa la OSCE en la Opinión N° 027-2010/DTN en cuanto establece que: "*en caso la entidad otorgue el plazo correspondiente, no procedería la aplicación de penalidades durante dicho período, en la medida que, si bien es cierto el contratista no cumplió con las prestaciones a su cargo, la entidad optó, atendiendo a la naturaleza de las observaciones, por extender el plazo para su cumplimiento oportuno*".

Manifiesta la ONPE que, según lo precisado por la Subgerencia de Infraestructura y Seguridad Tecnológica de la Gerencia de Informática y Tecnología Electoral en su Informe N° 000204-2015-SGIST-GITE/ONPE, el ítem 4 – "Informe de Instalación e Implementación del Servicio" según el Acta de fecha 29 de setiembre de 2014 fue materia de tres observaciones:

1. Corregir el cuadro de direccionamiento IP incluyendo la red LAN (*controlers, Access points y equipos finales*)

2. Completar e imprimir la configuración completa de todos los *router* que forman parte del presente servicio (*router principal y backup*)
3. Completar el formato de pruebas, la conectividad debe realizarse con los 2 enlaces.

Menciona la ONPE que, si bien en fecha 02 de octubre de 2014 TELEFÓNICA presentó una comunicación de subsanación, la mala subsanación, de la observación sobre los mismos, que generó que formulara una segunda y tercera Acta de observación que no constituyen nuevas observaciones y menos aún que éstas generen la extensión del plazo de cumplimiento del servicio, sino la subsistencia de la observación de los mismos puntos que no fueron debidamente levantados o subsanados, como se desprende del contenido del Informe N° 001427-2014-SGIST-GITE/ONPE, que textualmente indica que:

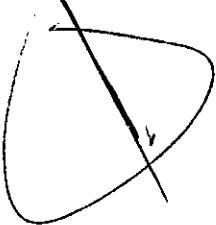
- 
1. *Subsanación de entregables, respecto al Informe de instalación e Implementación del servicio, éste fue observado hasta en tres ocasiones sobre los mismos puntos, conforme se detalla en el informe del especialista (INFORME N° 000076-2014-JCP-SGIST-GITE/ONPE)*

Que, el Informe N° 000076-2014-JCP-SGIST-GITE/ONPE, igualmente en el literal II.2.2.A señala que:

*"Para el Informe de Instalación e Implementación del servicio, hasta el día sábado 27/09. El proveedor entregó su informe técnico el viernes 26/09 del presente año, dentro del plazo establecido. Este documento fue observado, según acta de observación de fecha 29/09, otorgando al contratista hasta el día 01/10 para subsanarlo. El contratista cumplió dentro del plazo con entregar el informe, pero no cumplió con subsanar dos de lo observado inicialmente, por este motivo, se suscribió por segunda vez, una acta de observación de fecha 09/10, otorgándole hasta el día 14/10, plazo para subsanar. El contratista cumplió dentro del plazo con entregar el informe, pero no cumplió con subsanar*

*una de lo observado inicialmente, por este motivo, se suscribió por tercera vez, una acta de observación de fecha 17/10, otorgándoles hasta el 21/10, plazo para subsanar. Finalmente el contratista cumplió dentro del plazo otorgado con entregar el informe complemento subsanado".*

Indica la ONPE que la existencia de retraso injustificado en la ejecución del servicio es incontrovertible, por el lapso de 24 días considerando la fecha establecida y la fecha en que se entregó conforme todo el entregable ya que según el Acápite VIII Entregables numeral 2 de los Términos de Referencia de las Bases, que forman parte del Contrato y determina obligaciones por parte del Contratista – página 10, el Informe debía incluir:

- 
- a. Cuadro contenido el direccionamiento IP, los códigos o números de identificación de los circuitos digitales de todos los enlaces, los anchos de banda y medios de transmisión usados.
  - b. Configuración completa de todos los routers que forman parte del presente servicio, dentro de la cual se deberá resaltar y comentar todas las funciones que cumplen los comandos utilizados (Configuración de encriptación, sincronismos, entre otros)
  - c. Las actas de instalación debidamente suscritas
  - d. Los resultados de las pruebas de acceso por cada centro de votación, para lo cual el proveedor deberá adjuntar el formato de pruebas donde se registren los resultados de estas
  - e. Diagrama de conexión de los equipos de telecomunicaciones.

Manifiesta la ONPE que, en tal sentido, resultan sin sustento la pretensión principal respecto a que no hubo incumplimiento en la ejecución del servicio, que la entrega de todos los componentes del servicio se materializó recién el 21 de octubre de 2014, asimismo resultan sin sustento la primera y segunda pretensiones accesorias de dejarse sin efecto la penalidad aplicada por ONPE en la suma de S/. 669,959.28 por cuanto al haber existido un retraso injustificado de 24 días en la ejecución del servicio, según lo estipulado en el Contrato la ONPE ha procedido

dentro del marco legal, no existiendo justificación alguna para la restitución demandada.

Menciona la ONPE que, el recálculo de la penalidad considerando lo establecido en el literal c) de la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, en caso la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal sea desestimada, también carece de sustento por cuanto dicha cláusula se refiere en concreto al incumplimiento de los plazos de los numerales 2, 4 y 5 del anexo C vale decir a la simple inobservancia de los plazos estipulados, mas no así propiamente a retrasos injustificados en la ejecución del servicio que implica no sólo la inobservancia de plazos en la presentación del *Informe* sino de la ejecución misma del servicio que debía contener cada uno de los cuadros, actas y demás reseñados precedentemente, lo cual no se produjo sino hasta el 21 de octubre de 2014, configurándose el supuesto de retraso pasible de la penalidad prevista en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato. Igualmente debe desestimarse la pretensión accesoria de la pretensión subordinada de la tercera pretensión principal, por cuanto no existe ninguna retención indebida efectuada.

### **Decisión del ÁRBITRO ÚNICO**

El Tercer Bloque de análisis comprende cinco puntos controvertidos, vinculados entre sí, sin perjuicio que puede distinguirse de los tres primeros que la cuestión controvertida apunta a la inexistencia del retraso que ocasiona la penalidad, la validez y vigencia de esta, y el recálculo y la restitución del monto retenido por la ONPE en base de los alcances de las extensiones del plazo. Los otros dos puntos controvertidos, subsidiarios del tema anotado, apuntan a que, de establecerse que hubo retraso penalizado, se efectué un recálculo en base de la pretendida correcta aplicación del Contrato y la consecuente restitución de la suma retenida resultante.

En cuanto a la extensión del plazo de cumplimiento de la prestación como consecuencia de la necesidad de subsanar observaciones advertidas al momento de la entrega, debe tener presente que, desde la perspectiva

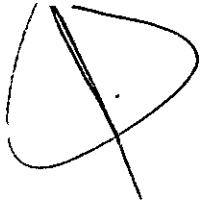
de la aplicación de la normativa y sin considerar de momento el contenido de las observaciones, el Arbitro Único estima que, estado a lo dispuesto por el cuarto párrafo del Artículo 176º del Reglamento, con la finalidad de satisfacer su responsabilidad en la debida recepción y la conformidad de las prestaciones contratadas, la ONPE, está facultada para establecer plazo destinado a la subsanación de las observaciones que se susciten a la entrega de las prestaciones, de modo que lo que corresponde es establecer a continuación la pertinencia o no de la aplicación de la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato alegada por la TELEFONICA.

A ese respecto, el Arbitro Único no encuentra fundamento en la argumentación de la ONPE cuando señala que la cláusula en mención se refiere “...en concreto al incumplimiento de los plazos de los numerales 2, 4 y 5 del anexo C vale decir a la simple inobservancia de los plazos estipulados, mas no así propiamente a retrasos injustificados en la ejecución del servicio que implica no sólo la inobservancia de plazos en la presentación del Informe sino de la ejecución misma del servicio..”, dado que importa la identificación de una distinción inexistente entre el “incumplimiento de los plazos” y retrasos injustificados en la ejecución del servicio”, que se vincularía a las causas que lo motiva, distinción que no se sustenta ni en el contrato y los documentos que lo integran ni la norma aplicable, ni tiene asidero en la lógica que nos indica que el incumplimiento del plazo es un retraso en la ejecución del servicio y viceversa; las causas que lo motivan apuntan a su calificación como incumplimiento o retraso justificado o injustificado.

Ahora bien, de la propia argumentación de la ONPE se deslinda que la **Cláusula Décimo Cuarta del Contrato: Otras Penalidades**, está referida de manera expresa al incumplimiento de los plazos del numeral 4 (y el numeral 5) del anexo C de las Bases Administrativa, esto es que el Contrato, en el texto de la referida Clausula establece una penalidad específica, aplicable la situación de retraso que motiva la penalidad comunicada con Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE; la **Cláusula**

**Décimo Tercera: Penalidades**, está referida de manera general a las situaciones que podrían implicar sanción, distintas de las situaciones específicas señaladas taxativamente en aquella.

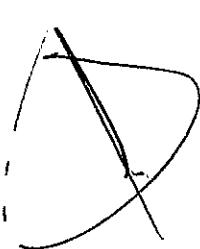
De esta manera queda dilucidado que, por un lado las extensiones de plazo otorgadas para la subsanación de observaciones son viables desde la perspectiva de la normativa y por otro lado, que el retraso en examen, (incumplimiento de los plazos del numeral 4 del anexo C de las Bases Administrativas) constituye uno de los supuestos de aplicación de penalidad conforme a la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato.

  
Siendo que no hay discrepancia en cuanto al lapso de 24 días de retraso en la entrega del *Informe* luego de subsanadas las observaciones advertidas por la ONPE, es del caso establecer si este periodo corresponde a un retraso justificado o injustificado en todo o en parte, conforme las posiciones alegadas por las partes.

A los fines del análisis de las causas del incumplimiento del plazo estipulado, es de tenerse presente que con respecto a la extensión del periodo de retraso, TELEFONICA sostiene que en ningún caso le son imputables los periodos (12 días) que la ONPE mantuvo el *Informe* para la revisión de las subsanaciones entregadas dentro de los plazos concedidos; por su parte la ONPE sostiene que las sucesivas observaciones de las Actas no son observaciones sobre aspectos nuevos sino que corresponden al incumplimiento reiterado de TELEFONICA luego de la primera Acta de observaciones.

Así las cosas, el Arbitro Único estima que ya sea que el retraso resulte justificado o no, es ostensible que la ONPE efectivamente tomo parte del periodo de los 24 días corridos entre el 27 de setiembre y el 21 de octubre, específicamente 12 días, empleados en la revisión del Informe y las subsanaciones alcanzadas por TELEFONICA, periodo respecto del 

cual, independientemente de la calificación del retraso, esta no tiene manejo y no depende de su voluntad, por lo que tampoco le alcanza responsabilidad.



En lo que atañe al examen de los otros 12 días del retraso respecto de los cuales TELEFONICA tiene responsabilidad, es de apreciar que, si bien en las Actas correspondientes, aparecen las observaciones consignadas con indicación clara de su sentido y el plazo concedido para su subsanación, en concordancia con la Opinión N° 027-2010/DTN del OSCE y en concordancia con lo dispuesto por el Artículo 176º del Reglamento sobre la recepción y conformidad de la prestación, TELEFONICA no ha esclarecido debidamente ni ha puesto de manifiesto razón alguna que desvirtué la aseveración de la ONPE en cuanto a que las observaciones posteriores a las consignadas en el Acta del 29 de setiembre, las observaciones de las Actas del 09 y 17 de octubre, no correspondan a nuevas observaciones distintas de la primera.

De lo dilucidado y considerando que las observaciones de las Actas del 09 y 17 de octubre se refieren a defectos del levantamiento de aquellas del Acta de 29 de setiembre, resulta que hasta el 02 de octubre, fecha de entrega del “Informe” en el plazo de subsanación de las observaciones del Acta de 29 de setiembre, no hay atraso de TELEFONICA que deba penalizarse, al igual que el periodo que empleo la ONPE en la revisión del informe de subsanación. Hay atraso de TELEFONICA a partir del Acta de observaciones del 09 de octubre y hasta la entrega del levantamiento de todas las observaciones de fecha 21 de octubre, con excepción del lapso del 14 al 17 de setiembre de responsabilidad de la ONPE, es decir que incurrió en 09 días de atraso que deben penalizarse conforme al supuesto de incumplimiento de la subsanación en el plazo concedido, contemplado en el Artículo 176º del Reglamento.



Conforme se ha establecido al periodo de atraso antes anotado, corresponde la penalidad establecida en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, conforme al cuadro inserto a continuación:

|                               |   |                  |                    |
|-------------------------------|---|------------------|--------------------|
| 10% UIT                       | = | S/.3,800 x 0.10  | S/.380.00          |
| Monto de la Penalidad Diaria: | = |                  | S/.380.00          |
| <b>Total Penalidad:</b>       |   | S/.380 x 09 días | <b>S/.3,420.00</b> |

De lo analizado, el Arbitro Único establece que TELEFONICA incurrió en incumplimiento por un periodo de 09 días, menor al periodo de 24 días penalizado con la Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE; a este periodo de atraso le corresponde la penalidad calculada con aplicación la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato y no así la Cláusula Décimo Tercer del mismo aplicada por la ONPE. En consecuencia de ello procede el recalcular de la penalidad y la consiguiente restitución de los montos retenidos en exceso de los S/.3,420.00 que corresponde aplicar como penalidad, esto es la suma de S/. 666,539.28 (S/. 669,959.28 menos 3,420.00).

Como conclusión debe declararse fundada en parte las pretensiones contenidas en el Quinto, Sexto y Séptimo Puntos Controvertidos, en los términos ya anotados; asimismo declarar que resulta innecesario emitir pronunciamiento respecto de las pretensiones contenidas en el Octavo y Noveno Puntos Controvertidos cuya materia esta subsumida en los previamente anotados.

#### 10.6. ANALISIS DEL CUARTO BLOQUE

Comprende la determinación sobre si corresponde o no, el recálculo de la penalidad aplicada y la restitución de las sumas retenidas, por los hechos ocurridos en los centros de votación (CV-CE-IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana; IE 6030 Víctor Andrés Belaúnde Diez Canseco de Punta Hermosa; e IE-6013-Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo, el 28 de septiembre de 2014; así como en el CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta

Carrillo Agapito, de Pucusana, el 5 de octubre de 2014, en el curso de la ejecución del Contrato, contenidas en el **Décimo y Décimo Primer Puntos Controvertidos**, que a su vez corresponden con la Cuarta Pretensión Principal y su Pretensión Accesoria.

#### **Posición de la TELEFONICA**

Manifiesta TELEFONICA que, tanto en el Literal b) de la Cláusula Décimo Cuarta, como en el Literal b) del Numeral 17 de los Términos de Referencia, se estableció que:

*"En caso de que algún centro de votación o el centro de datos de la sede central en los días 27 y 28 de setiembre, 04, 05, 06 de octubre se quedara sin servicio, es decir, "sin conectividad" lo cual no fuera responsabilidad de LA ONPE, se aplicará una penalidad por hora o fracción, equivalente al veinte por ciento (20%) de una UIT, salvo caso fortuito o fuerza mayor."*

Menciona TELEFONICA que, el 28 de setiembre de 2014 se llevó a cabo un simulacro, durante el cual se produjeron fallas en los centros de votación: i) CV-CE-IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito de Pucusana; ii) IE 6030 Víctor Andrés Belaúnde Diez Canseco de Punta Hermosa; y iii) IE-6013 Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo. En el caso de los dos primeros, la falla tuvo una duración de 24 horas, en el tercer caso la falla fue solucionada dentro de las 48 horas de producida, según se desprende del Acta de Observaciones de 28 de setiembre y del Acta de Subsanación de Observaciones de 30 de setiembre, adjuntas a la demanda como Anexos 14 y 15.

Posteriormente, el 5 de octubre de 2014 se produjo una nueva falla en el centro de votación CV-CE-IE 6010, que fue solucionada dentro de la primera hora de ocurrida, lo que no generó Acta de Observaciones ni Acta de Subsanación; sin embargo, el tiempo de duración de la misma no se encuentra en discusión, como consta de la Carta N°000202-2014-SGL-

GAD/ONPE; la penalidad impuesta asciende a la suma de S/.73,720.00, conforme al cuadro incorporado en la demanda, que se inserta a continuación:

OTRAS PENALIDADES

Cálculo Penalidad, ítem 17,b)

| CENTRO DE VOTACIÓN CON EL SISTEMA DE VOTO ELECTRÓNICO                       | FECHA DE OCURRENCIA | RÉSPUESTA, | Retraso en Hora o fracción | Penalidad (% UIT) | Penalidad calculada S/. |
|---|---------------------|------------|----------------------------|-------------------|-------------------------|
| CV-CE IE 6010 HILDA BENEDICTA CARRILLO AGAPITO DE PUCUSANA (Demora 1 día)   | 28/09/2014          | 29/09/2014 | 24                         | 20%               | 18.240,00               |
| IE 6030 VICTOR ANDRES BELAUNDE DIEZ CANSECO DE PUNTA HERMOSA (Demora 1 dia) | 28/09/2014          | 29/09/2014 | 24                         | 20%               | 18.240,00               |
| IE 6013 VIRGEN INMACULADA DEL ROSARIO DE SAN BARTOLO (Demora de 2 días)     | 28/09/2014          | 30/09/2014 | 48                         | 20%               | 36.480,00               |
| CV-CE IE 6010 HILDA BENEDICTA CARRILLO AGAPITO DE PUCUSANA (Demora 10 min)  | 05/10/2014          | 05/10/2014 | 1                          | 20%               | 760,00                  |

  
Manifiesta TELEFONICA que, en la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE, la ONPE ha considerado en las penalidades por cada uno de los eventos, el total de horas de ocurrencia de los mismos. Sin embargo, no ha considerado que en el caso de las ocurrencias producidas el día 28 de setiembre, correspondientes a los centros de votación CV-CE-IE 6010, IE 6030 e IE-6013 Virgen Inmaculada del Rosario, concedió a TELEFONICA un plazo para subsanación, es decir, otorgó un nuevo plazo para el cumplimiento de la prestación; así el Acta de Observaciones del 28 de setiembre la ONPE señaló que:

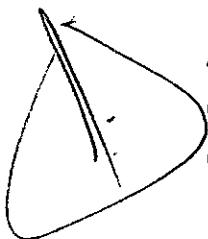
*"El proveedor deberá subsanar las observaciones señaladas a más tardar el día martes 30/09 de setiembre".*

El 29 de setiembre, dentro del nuevo plazo concedido por la ONPE, TELEFONICA cumplió con subsanar las observaciones respecto de los centros de votación, CV-CE-IE 6010 y el IE 6030, mientras que el evento ocurrido en la IE-6013, fue solucionado el 30 de setiembre, como consta en el Acta de Subsanación de Observaciones de esa fecha.

Conforme a lo anterior, alega la TELEFONICA cada uno de los plazos concedidos por la ONPE para la subsanación de las observaciones correspondientes a los eventos materia del Acta de Observaciones del 28 de setiembre implicó una prórroga para el cumplimiento de la prestación, la concesión de las prórrogas implicó la extensión del plazo de

cumplimiento, plazo durante el cual no puede aplicarse penalidad alguna. Indica TELEFONICA que, en tal sentido, la ONPE no puede considerar como un incumplimiento el lapso que tomó para la subsanación de las observaciones y, al haberse subsanado las mismas dentro del plazo concedido, no incurrió en incumplimiento alguno por las caídas de conectividad ocurridas el día 28 de setiembre de 2014.

Respecto de lo ocurrido el día 05 de octubre de 2014 en el centro de votación CV-CE-IE 6010 que implicó la caída del servicio por menos de una hora (19 minutos), indica la TELEFONICA que no se generó un Acta de Observaciones en la cual se concediera plazo para su subsanación, por lo que no objeta la penalidad impuesta por este evento.



Alega TELEFONICA que, por lo tanto los hechos ocurridos en los centros de votación indicados, el 28 de setiembre de 2014 no pueden considerarse para de cálculo de las penalidades y considerarse solo el incumplimiento respecto de los hechos ocurridos en el CV-CE IE 6010 el 05 de octubre de 2014, con aplicación de lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato:

**"CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: OTRAS PENALIDADES**

b) "En caso de que algún centro de votación o el centro de datos de la sede central en los días 27 y 28 de setiembre, 04, 05, 06 de octubre se quedara sin servicio, es decir, "sin conectividad" lo cual no fuera responsabilidad de LA ONPE, se aplicará una penalidad por hora o fracción, equivalente al veinte por ciento (20%) de una UIT, salvo caso fortuito o fuerza mayor (...)"

Tal penalidad calculada por TELEFONICA aparece en la demanda en el cuadro que se inserta a continuación:

|                                      |                  |                   |               |
|--------------------------------------|------------------|-------------------|---------------|
| 20% UIT                              | =                | S/.3,800 x 0.20 = | S/.760.00     |
| Monto de la Penalidad hora/fracción: |                  | =                 | S/.760.00     |
| <b>Total Penalidad:</b>              | S/.760 x 01 hora |                   | <b>S/.760</b> |

  
55

Según TELEFONICA, como consecuencia del recálculo de la penalidad correspondiente a los hechos ocurridos en los centros de votación anotados el 28 de setiembre de 2014, en rigor inexistencia de supuesto de aplicación de penalidad, así como el 05 de octubre de 2014 en la ejecución del Contrato, corresponde se ordene a la ONPE la restitución de las sumas indebidamente retenidas por las penalidades impuestas, por S/.73,720.00, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

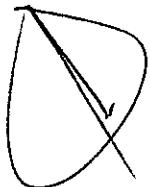
### **Posición de la ONPE**

Señala la ONPE que el ítem 17 Otras penalidades inciso b) de los Términos de Referencia establece que, en caso de que algún centro de votación o el centro de datos de la sede central en los días 27 y 28 de setiembre, 04, 05 y 06 de octubre quedara sin servicio, es decir sin conectividad y que ello no fuera responsabilidad de la ONPE, se aplicará una penalidad por hora o fracción, equivalente al veinte por ciento (20%) de una UIT, salvo que se trate de un caso fortuito o fuerza mayor.

Indica la ONPE que TELEFÓNICA en su demanda, así como en su Carta N° TDP-GIN-001-2014 y solicitud de conciliación no niega las ocurrencias producidas en los centros de votación CV-CE- IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito de Pucusana, IE 6030 Víctor Andrés Belaunde Díez Canseco de Punta Hermosa e IE-6013 Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo el 28 de setiembre de 2014, así como en el CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo de Pucusana el 05 de octubre de 2014 que constituyen el supuesto de hecho para la aplicación de la penalidad prevista en el citado ítem 17 b).

La ONPE argumenta que TELEFONICA en el caso de lo acontecido el 28 de setiembre de 2014 alega que se trataría de observaciones sujetas a plazos de subsanación, que fueron cumplidos y que por ende no puede aplicarse penalidad alguna, reconociendo que lo ocurrido el 05 de octubre de 2014 en la IE 6010 no generó Acta de Observaciones ni se concedió plazo para su subsanación por lo que no objeta la penalidad aplicada por este evento.

Manifiesta la ONPE que, debe tenerse en cuenta que la penalidad aplicada tiene como supuesto de hecho la falta de conectividad en algún centro de votación durante los días 28 de setiembre y 05 de octubre de 2014, situación que no es materia controvertida por TELEFÓNICA, así como tampoco el lapso de duración, que no se produjo por responsabilidad de la ONPE ni se derivó de caso fortuito o fuerza mayor, de modo que la aplicación de la penalidad es justificada; deviniendo sin efecto la mención de su subsanación por cuanto ello en todo caso corresponde al cumplimiento del período de operatividad de los enlaces de telecomunicaciones que debía asegurarse hasta el 06 de octubre de 2015, de tal forma que de existir alguna observación al mismo estaba sujeto a plazos de subsanación, situación ajena a la penalidad correspondiente al ítem 17 b).



Menciona la ONPE que, la pretensión principal de recálculo de la penalidad del ítem 17 b) por los hechos ocurridos en los centros de votación el 28 de setiembre de 2014 y el 05 de octubre 2014, debe ser desestimada en todos sus extremos, como también la pretensión accesoria de restitución del monto retenido, ya que la penalidad aplicada y descontada del pago realizado a favor de TELEFÓNICA se ajusta a los hechos y el marco contractual del servicio.

### **Decisión del ÁRBITRO ÚNICO**

De las posiciones acreditadas por las partes en relación con las pretensiones contenidas en el Décimo y Décimo Primer Puntos Controvertidos, se evidencia que, respecto las cuestiones controvertidas referidas a las penalidades aplicadas a consecuencia de los eventos acaecidas en los centros de votación CV-CE- IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito de Pucusana, IE 6030 Víctor Andrés Belaunde Diez Canseco de Punta Hermosa e IE-6013 Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo el 28 de setiembre de 2014, así como en el CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo de Pucusana el 05 de octubre de 2014, es posible identificar dos tópicos.

A handwritten signature, likely belonging to the Arbitrator, placed at the bottom right of the page.

El primero de esos tópicos, los supuestos de hecho es decir las fallas en los centros de votación, que originan las penalidades, sobre lo cual en realidad no hay discrepancia entre las partes. La discrepancia se centra en la interpretación contrapuesta de sobre los alcances de los plazos concedidos a TELEFONICA para subsanar las observaciones de la ONPE sobre las fallas en las Actas de Observaciones del 28 y 30 de setiembre de 2014, acompañadas con la demanda (Anexos 14 y 15).

Efectuado el análisis correspondiente el Arbitro Único no encuentra en el Contrato y los documentos que lo conforman, elementos que sustenten la alegación de la ONPE en el sentido que la subsanación, con ello el plazo para tal fin, correspondería al cumplimiento del período de operatividad de los enlaces de telecomunicaciones, que debía asegurarse hasta el 06 de octubre de 2015, en cuyo caso el levantamiento de cualquier observación estaría sujeta a plazo de subsanación, situación distinta a los eventos que originan la penalidad correspondiente al ítem 17 b), debiendo concluirse que tal alegación carece de predicamento. Del análisis el Arbitro Único también conceptúa que la argumentación de la TELEFONICA, respecto del otorgamiento de plazos para subsanación de observaciones, no colisiona con ninguna estipulación contractual y sus documentos integrantes no hay disposición que Por el contrario.

De los actuados el Arbitro Único establece que a los efectos de satisfacer su responsabilidad, para recibir las prestaciones materia del contrato y emitir la respectiva conformidad de su cumplimiento, la ONPE, conforme al cuarto párrafo del Artículo 176º del Reglamento, esta premunida de la potestad para establecer plazo de tal manera que las observaciones que se susciten, sean subsanadas oportunamente. Así, en abono de la posición sostenida por TELEFONICA, el Arbitro Único encuentra que las observaciones consignadas en las Actas correspondientes, con indicación clara del sentido de las mismas, concediendo plazo para su subsanación, condice con los términos expuestos por el OSCE en la **Opinión N° 027-2010/DTN** del 10 de marzo de 2010 acompañada como Anexo 13 de la

demandado y el marco de lo dispuesto por el Artículo 176º del Reglamento sobre la recepción y conformidad de la prestación.

Volviendo a la situación objeto de examen, de los actuados se desprende que, en caso en cuestión la TELEFONICA no dio cumplimiento cabal de las prestaciones a su cargo, lo que motivo las observaciones de las Actas de Observaciones del 28 y 30 de setiembre de 2014 y a su vez el otorgamiento de plazos adicionales para la respectiva subsanación. Conforme a lo manifestado por ambas partes, TELEFONICA cumplió con subsanar las observaciones materia del Acta de Observaciones anotadas, dentro de los periodos de prorroga otorgados, los mismo que no dan lugar a la aplicación de penalidad, que el precitado Artículo 176º del Reglamento reserva expresamente para el caso que pese al plazo otorgado, no hubiese cumplido a cabalidad con la subsanación.

Conforme ambas partes anotan, respecto de los centros de votación CV-CE-IE 6010, IE 6030 y el IE-6013, objeto de las penalidades cuestionadas, la subsanación de las observaciones esta consignada en el Acta de Subsanación de Observaciones de fecha 29 de setiembre de 2014, de donde resulta que no se da el supuesto de aplicación de penalidades.

Como conclusión el Arbitro Único estima que procede el recálculo de la penalidad en el sentido que no cabe aplicar penalidad del ítem 17 b a TELEFONICA por los eventos ocurridos en los centros de votación, CV-CE-IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito de Pucusana, IE 6030 Víctor Andrés Belaúnde Diez Canseco de Punta Hermosa e IE-6013 Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo; manteniendo la penalidad de S/.760.00 correspondientes a la penalidad aplicada por la falla acaecida el 05 de octubre de 2014 en el centro de votación CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo de Pucusana que TELEFONICA no cuestiona.

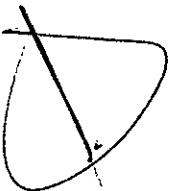
Por lo tanto son fundadas la pretensión principal demandada y su accesoria, con la consecuente obligación del ONPE de restituir el exceso en la suma de retenidas por las penalidades impuestas, ascendente a

S/. 72,960.00, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

#### 10.7. ANALISIS DEL QUINTO BLOQUE

Determinación del monto total de las penalidades que la ONPE debe cobrar, en el supuesto que el Arbitro Único establezca que debe aplicar a TELEFÓNICA alguna de las penalidades discutidas en este proceso, pretensión comprendida en el **Décimo Segundo Punto Controvertido**, que a su vez corresponde con la **Quinta Pretensión Principal** de la demanda.

##### Posición de la TELEFONICA

  
Indica el Contratista que, solicitan al Árbitro Único que, en caso hubiera resuelto que TELEFONICA incurrió en una o más de las penalidades materia del presente proceso, luego de proceder a determinar el importe de cada una, proceda a efectuar la liquidación total del monto que puede ser cobrado por la ONPE.

Manifiesta TELEFONICA que, a dichos efectos, el Árbitro Único deberá tener en consideración que, conforme a lo señalado en el Artículo 165° del RLCE que sirve de sustento para las penalidades calculadas conforme a la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, el importe máximo que puede ser cobrado por las “*penalidades por mora*” devengadas conforme a dicho Artículo, no podrán exceder el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, esto es, S/.245,651.70. Asimismo, conforme al Artículo 166° del RLCE, que sirve de sustento para las penalidades calculadas conforme a la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, el importe máximo que puede ser cobrado por “*otras penalidades*” devengadas conforme a dicho Artículo, no podrán exceder el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, esto es, S/.245,651.70.

##### Posición de la ONPE

Que, siendo el caso que se ha expuesto detenidamente que TELEFÓNICA sí ha incurrido en los hechos que justifican la aplicación de penalidades por mora de los ítems 1 a), 2 y 4 y otras penalidades del ítem 17 b), se verifica que la quinta pretensión invocada debe ser desestimada,

cuento más si los cuestionamientos que realiza el demandante no versan en sí mismos en la configuración de los supuestos de hecho para la aplicación de éstas sino sobre las fórmulas para su cálculo, respecto a las cuales también se ha pronunciado su parte, dejando constancia que han sido válidamente determinadas, considerando inclusive que al haber superado la penalidad por mora el 10 % del monto contractual se aplicó la penalidad máxima ascendente a S/. 245,651.70, tal como se indica en la Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE. La mención de esta pretensión determina un implícito reconocimiento de la concurrencia de presupuesto de la configuración de las penalidades calculadas.

### **Decisión del ÁRBITRO ÚNICO**

Conforme a lo dilucidado por el Árbitro Único en cuanto a los Puntos Controvertidos previamente analizados, en todos los casos se ha efectuado el recálculo correspondientes a los montos de la penalidad que la ONPE debe cobrar a la TELEFONICA.

En tal sentido, a título de liquidación total, se consignan las penalidades bajo examen en los montos los montos de siguientes:

1. Penalidad por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico para los centros de votación IE Lincoln de la Punta e IEP Clara Cogorno – Secundaria de la Punta, **S/.43,866.36.**
2. Penalidad por demora en la entrega del “*Plan y configuración inicial del servicio*”, correspondiente al Numeral 2 del Anexo C de los Términos de Referencia, **S/.2,280.36.**
3. Penalidad por los hechos ocurridos en los centros de votación CV-CE-IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana; IE 6030 Víctor Andrés Belaúnde Díez Canseco de Punta Hermosa; e IE-6013-Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo, el 28 de septiembre de 2014; y el CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana, el 5 de octubre de 2014, **S/.760.00.**
4. Penalidad por 9 días de atraso en la entrega del “*Informe de Instalación e implementación del servicio*”, **S/. 3,420.00.**

TOTAL PENALIDADES que puede aplicar la ONPE: **S/. 50,326.36**

## **ANALISIS DEL SEXTO BLOQUE**

Como cuestión controvertida final, Arbitro Único emitirá pronunciamiento sobre las costas y costos del presente proceso arbitral, materia del Décimo Tercer Punto Controvertido, que a su vez corresponden con la Sexta Pretensión Principal.

### **Posición de la TELEFONICA**

TELEFONICA pretende que de ser declaradas fundadas sus pretensiones y, conforme a lo dispuesto en el Artículo 73° de la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único que condene a la ONPE al pago de las costas y costos del presente proceso.

### **Posición de la ONPE**

Indica la ONPE que, conforme a los hechos expuestos y las pruebas que aporta, advierte que se ha sujetado a lo regulado en el Contrato y documentos integrantes, así como las normas legales vigentes frente a incumplimientos contractuales de TELEFONICA. No ha formulado imputación de hechos que no tengan correlato en la realidad, por lo que no podría condenársele al pago de las costas, costos y gastos de un proceso arbitral incoado con argumentos que no hacen más que acreditar su correcto proceder.

Manifiesta la ONPE que, en consecuencia, el Árbitro Único debe declarar infundada en todos sus extremos la demanda, con expresa condena de las costas, costos y gastos del proceso arbitral.

### **Decisión del ÁRBITRO ÚNICO**

Atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el resultado de este arbitraje y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, es del caso disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que le correspondían; esto es, sus propios costos y costas de defensa y

representación, atendiendo cada una de ellas en un 50% los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento como por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, el Arbitro Único en DERECHO,

**LAUDA:**

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la Excepción de Caducidad formulada por la OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES – ONPE.

**SEGUNDO:** Declarar **FUNDADA** la PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL de la Demanda de TELEFÓNICA del PERÚ, contenida en el Primer Punto Controvertido, en consecuencia **ESTABLECER** la suma de S/.43,866.36 como resultado del recálculo de la penalidad por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico para los centros de votación IE Lincoln de la Punta e IEP Clara Cogorno – Secundaria de la Punta.

**TERCERO:** Declarar **FUNDADA** la PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA de la PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL de la Demanda de TELEFÓNICA del PERÚ, contenida en el Segundo Punto Controvertido, en consecuencia, **DISPONER** la restitución de la suma de S/. 145,096.48, retenida en exceso con el cobro de la penalidad impuesta por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico para los centros de votación IE Lincoln de la Punta e IEP Clara Cogorno – Secundaria de la Punta, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

**CUARTO:** Declarar **FUNDADA** la SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL de la Demanda de TELEFÓNICA del PERÚ, contenida en el Tercer Punto Controvertido, en consecuencia **ESTABLECER** la suma de S/.2,280.36 como resultado del recálculo de la penalidad aplicada por la demora en la entrega del “*Plan y configuración inicial del servicio*”.

**QUINTO:** Declarar **FUNDADA** la PRETENSION ACESSORIA de la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la Demanda de TELEFÓNICA del PERÚ, contenida en el Cuarto Punto Controvertido, en consecuencia **DISPONER** la restitución de la suma de S/. 89,839.38, retenida en exceso en el cobro de la penalidad impuesta respecto de entrega del "*Plan y configuración inicial del servicio*", más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

**SEXTO:** Declarar **FUNDADA en PARTE** la TERCERA PRETENSION PRINCIPAL de la demanda de TELEFÓNICA del PERÚ, contenida en el Quinto Punto Controvertido por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral. En consecuencia, **DECLARAR** que incurrió en incumplimiento parcial que amerite la aplicación proporcional de la penalidad correspondiente al "*Informe de Instalación e implementación del servicio*".

**SÉPTIMO:** Declarar **FUNDADA en PARTE** la PRIMERA PRETENSION ACCESORIA a la TERCERA PRETENSION PRINCIPAL de TELEFÓNICA del PERÚ, contenida en el Sexto Punto Controvertido por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral. En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO en PARTE**, la penalidad correspondiente al "*Informe de Instalación e implementación del servicio*", manteniendo la penalidad de S/. 3,420.00 por 9 días de atraso en su entrega.

**OCTAVO:** Declarar **FUNDADA en PARTE** la SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA a la TERCERA PRETENSION PRINCIPAL de la demanda de TELEFÓNICA del PERÚ, contenida en el Séptimo Punto Controvertido por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral. En consecuencia, **DISPONER** la restitución de la suma de S/. 666,539.28 retenida con el cobro de las penalidades impuestas por el "*Informe de Instalación e implementación del servicio*", más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

**NOVENO:** Declarar **INNECESARIO EMITIR PRONUNCIAMIENTO** respecto de la PRETENSION SUBORDINADA de la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

de la DEMANDA de la TELEFÓNICA del PERÚ, contenida en el Octavo Punto Controvertido por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

**DÉCIMO:** Declarar **INNECESARIO EMITIR PRONUNCIAMIENTO** respecto de la **PRETENSIÓN ACCESORIA** PRETENSION SUBORDINADA a la **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la DEMANDA de la TELEFÓNICA del PERÚ, contenida en el Noveno Punto Controvertido por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

**DECIMO PRIMERO:** Declarar **FUNDADA** la **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE TELEFÓNICA DEL PERÚ**, contenida en el Décimo Punto Controvertido por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral. En consecuencia, **ESTABLECER** la suma de S/.760.00 como resultado del recalculo de la penalidad aplicada por los hechos ocurridos en los centros de votación CV-CE-IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana; IE 6030 Víctor Andrés Belaúnde Diez Canseco de Punta Hermosa; e IE-6013-Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo, así como en el CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana.

**DECIMO SEGUNDO:** Declarar **FUNDADA** la **PRETENSIÓN ACCESORIA** a la **CUARTA PRETENSION PRINCIPAL** de TELEFÓNICA del PERÚ contenida en el Décimo Primer Punto Controvertido por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral. En consecuencia **DISPONER** la restitución de la suma de S/. 72,960.00, retenida en exceso con el cobro de las penalidad respecto de los hechos ocurridos en los centros de votación CV-CE-IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana; IE 6030 Víctor Andrés Belaúnde Diez Canseco de Punta Hermosa; e IE-6013-Virgen Inmaculada del Rosario de San Bartolo, así como en el CV-CE IE 6010 Hilda Benedicta Carrillo Agapito, de Pucusana, con los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

**DECIMO TERCERO:** **ESTABLECER** la Liquidación de las Penalidades materia de la **QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la demanda de la TELEFÓNICA

del PERÚ, contenida Décimo Segundo Punto Controvertido, en los montos siguientes:

1. Penalidad por la demora en el Enlace a la Red de Voto Electrónico para los centros de votación, **S/.43,866.36.**
2. Penalidad por demora en la entrega del “*Plan y configuración inicial del servicio*”, **S/.2,280.36.**
3. Penalidad por los hechos ocurridos en los centros de votación, **S/.760.00.**
4. Penalidad por 9 días de atraso en la entrega del “*Informe de Instalación e Implementación del servicio*”, **S/. 3,420.00.**

**TOTAL PENALIDADES: S/. 50,326.36.**

**DECIMO CUARTO:** FÍJAR los honorarios del Árbitro Único en la suma de S/. 12,528.00 (Doce mil quinientos veintiocho y 00/100 Soles) netos y como honorarios de los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral, la suma de S/. 7,141.00 (Siete mil ciento cuarenta y uno y 00/100 Soles) incluido IGV, conforme a los anticipos de honorarios establecidos, en el Acta de Instalación, los cuales se encuentran debidamente cancelados.

**DECIMO QUINTO:** DISPONER que cada parte asuma directamente las costas y costos que incurrió para la tramitación del presente proceso arbitral, tales como son los honorarios de los árbitros, del Secretario Arbitral, su defensa legal, entre otros.

**DECIMO SEXTO:** DISPONER que la Secretaría Arbitral remita copia del presente Laudo a OSCE.

**Notifíquese a las partes.**

  
**Dr. ALFREDO ZAPATA VELASCO**  
Arbitro Único

  
**Dra. Alicia Vela López**  
Secretaria Arbitral

**Exp. N° I418-2015**

**Arbitraje:** Telefónica del Perú S.A.A. – Oficina Nacional de Procesos Electorales - ONPE

**RESOLUCIÓN N° 19**

Lima, 10 de agosto de 2016

**VISTOS:** a) La solicitud de Interpretación y Rectificación del Laudo formulada por la Oficina Nacional de Procesos Electorales - ONPE, y b) El escrito de absolución de Telefónica del Perú S.A.A..

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, mediante el escrito de vistos, de fecha 06 de julio de 2016, la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE en adelante la ONPE o la Entidad, solicita la Interpretación de lo resuelto con los extremos resolutorios Tercero, Quinto y Octavo del Laudo expedido con la Resolución N° 16 de fecha 30 de junio de 2016, los mismo que declaran FUNDADAS la Pretensión accesoria de la Primera Pretensión Principal, la Pretensión accesoria de la Segunda Pretensión Principal y FUNDADA EN PARTE la Segunda pretensión accesoria a la Tercera pretensión principal de la demanda. Asimismo, la Rectificación de lo resuelto con los extremos resolutorios Quinto y Décimo Tercero que incurren en “*error de cálculo o de naturaleza similar... por la diferencia entre el monto de penalidad determinada y aplicada por ONPE y la fijada por el Árbitro*” y, “*por la diferencia en la sumatoria de la liquidación de penalidades*”.

**SEGUNDO:** Que, con su solicitud de Interpretación del Laudo la ONPE señala que el Árbitro Único ha emitido el Laudo declarando, entre otros, fundadas las pretensiones accesorias de la Primera y Segunda Pretensiones Principales de la demanda y fundada en parte la Segunda pretensión accesoria a la Tercera Pretensión Principal; y disponiendo la restitución a Telefónica de las sumas de S/.145,096.48, S/.89,839.38 y S/. 666,539.28, respectivamente establecidas por la ONPE como penalidades, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su pago efectivo.

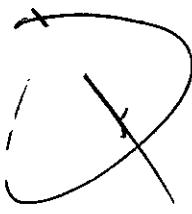
**TERCERO:** Que, como fundamento de su solicitud de Interpretación del Laudo la ONPE señala que si bien con la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE, preciso un cálculo de penalidad por mora en un total de S/. 951,041.50; sin embargo en la misma Carta indicó que “*En vista que el monto de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación,..., supera el diez por ciento (10%) del monto contractual se procederá con la aplicación de la penalidad máxima ascendente a S/. 245,651.70...*”, por lo que sumados los S/. 73,720.00 de otras penalidades, solo aplico penalidades por un total de S/. 319,371.70 deducido de la factura N°4412-0021378.

**CUARTO:** Que, la ONPE señala que considerando que “*la decisión contenida en los extremos resolutorios tercero, quinto y octavo en cuanto disponen la restitución*” a Telefónica de un total de S/. 901,475.14 retenido en exceso por penalidades, corresponde sea interpretada dejando sin efecto y corrigiendo los montos que se ordena restituir, por constituir extremos dudosos e incongruentes de los fundamentos invocados por las partes y recogidos en el propio laudo, violentando el principio de congruencia y debido proceso, en tanto se está disponiendo la restitución de montos no demandados y que nunca fueron retenidos incurriendo en un fallo “*ultra*” y “*extrapatita*”.

**QUINTO:** Que, la ONPE señala que al resolver las pretensiones de restitución de sumas retenidas, debió ser tomado en cuenta el considerando 10.7 Análisis del Quinto Bloque del Laudo que explícitamente recoge que “*se aplicó la penalidad máxima ascendente a S/.245,651.70, tal como se indica en la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE*”, cuestión no controvertida que no forma parte de los puntos controvertidos, de donde lo determinado en el fallo implicaría una obligación para la ONPE de restituir sumas no retenidas y que suponen un exceso de S/.974,435.14 a favor del demandante, lo que definitivamente influye en los alcances de la ejecución, existiendo una falta de claridad sobre los montos a restituir.

**SEXTO:** Que, así las cosas la ONPE solicita que la decisión contenida en los extremos resolutorios tercero, quinto y octavo sea interpretada, a fin de establecerse debidamente las sumas que debe restituir considerando los montos

efectivamente retenidos; garantizando que el laudo establezca de manera clara y correcta los alcances de su ejecución, y que lo decidido se ajuste a los hechos, pruebas y a lo analizado en el propio laudo, reiterando que no existe controversia ni fue discutido por las partes que el monto total retenido fue de S/.245,651.70, y en consecuencia, no podría ordenarse la restitución de la suma de S/.901,475.14 aludidos en los extremos cuya interpretación se solicita.

  
**SETIMO:** Que, con su solicitud de Rectificación del Laudo la ONPE señala como fundamentos que en los extremos resolutorios Cuarto y Décimo Tercero se establece un recálculo y liquidación de penalidad por demora en la entrega del Plan y configuración inicial del servicio en la suma de S/.2,280.36, empero se ordena restituir la suma de S/.89,839.38, evidenciando “*un error de cálculo o de naturaleza similar en el extremo resolutorio quinto, por la diferencia de S/.0.36 entre el monto de penalidad determinada y aplicada por ONPE y la fijada por el Arbitro*”, lo que se repite en el extremo resolutorio Décimo Tercero por “*la diferencia en la sumatoria de la liquidación de penalidades que efectúa el Arbitro*”, correspondiendo la Rectificación con la suma correcta a restituirse y del monto total de penalidades liquidada en el Laudo.

**OCTAVO:** Que, absolviendo el traslado de la solicitud de Interpretación y Rectificación del Laudo, con escrito de fecha 01 de agosto de 2016, TELEFONICA manifiesta, que mediante la Carta N° 000202-2014-SGL-GAD/ONPE, la ONPE les impuso las penalidades siguientes:

| <b>Penalidades por mora (Art.165)</b>   |              |
|---|--------------|
| (i) Penalidad Anexo C, Item 1,a):   | S/188,962.84 |
| (ii) Penalidad Anexo C, item 2 (correspondiente al "Plan y configuración ' del servicio"):                  | S/92,119.38  |
| (iii) Penalidad Anexo C, Item 4 (correspondiente al "Informe de Instalación e implementación del servicio") | S/669,959.28 |
| Total penalidades par mora:   | S/951.041.50 |
| <b>Otras penalidades (Art.166)</b>  |              |
| (iv) Otras penalidades, item 17.b):   | S/73,720.00  |
| Total otras penalidades:  | S/73.720.00  |

Siendo que la sumatoria de las penalidades por mora (S/. 951,041.50) excedía el 10% del monto del Contrato (S/. 2'456,517.00), la ONPE aplicó el límite previsto en el Artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, reteniendo por este concepto S/. 245,651.70 que sumados a S/. 73,720.00 retenidos por concepto de otras penalidades, retuvo un total de S/. 319,371.70.

**NOVENO:** Que, al resolver con el laudo las pretensiones demandadas el Árbitro Único resolvió lo siguiente:

|  | Penalidad aplicable | Monto a devolver (según Laudo) |
|--|---------------------|--------------------------------|
| (i) Penalidad Anexo C, Item 1.a):  | S/43,866.36         | S/145,096.48                   |
| (ii) Penalidad Anexo C, ítem 2<br>(correspondiente al "Plan y configuración inicial del servicio"):            | S/ 2,280.00         | S/.88,839.38                   |
| (iii) Penalidad Anexo C, ítem 4<br>(correspondiente al "Informe de Instalación e implementación del servicio") | S/ 3,420.00         | S/. 666,539.28                 |
| (iv) Otras penalidades, ítem 17.b):  | S/ 760.00           | S/73,960.00                    |
| Total  | S/50,326.36         | S/974,435.14                   |

Dado que de una interpretación literal lo resuelto con los extremos Tercero, Quinto, Octavo y Décimo Tercero obligaría a la ONPE a efectuar una "*devolución*" de un monto mayor al retenido, se precisó en la Quinta Pretensión Principal, que "(...) en caso al pronunciarse respecto de nuestras pretensiones principales, sus accesorias y/o las subordinadas y sus accesorias, el Arbitro Único hubiera resuelto determinando que TDP si incurrió en alguna o más de las penalidades discutidas en este proceso, que proceda a efectuarla liquidación total de las penalidades que la ONPE puede cobrarnos", por lo que la restitución de las cantidades retenidas debe interpretarse en los montos efectivamente retenidos.

**DÉCIMO:** Que, en consecuencia manifiesta la TELEFONICA que a efectos de la devolución que debe efectuar la ONPE, debe considerarse los montos que efectivamente retenidos ascendentes a S/. 319,371.70 (Carta 000202-2014-SGL9-GAD/ONPE), siendo S/. 50,236.36 el monto que debió retenérse conforme a lo establecido en el laudo; correspondiendo la devolución en la diferencia entre ambos montos, es decir S/. 269,045.34.

**DECIMO PRIMERO:** Que, asimismo respecto de la solicitud de Rectificación TELEFONICA, manifiesta, que en Cuarto y Décimo Tercer extremos resolutivo del Laudo, que establecen el recálculo y liquidación de la penalidad por la demora en la entrega del "Plan y Configuración inicial del servicio", se incurrió en error al ordenar restituir la suma de S/. 89,839.38. Asimismo que en el análisis del Segundo Bloque efectuado a fojas 35 del Laudo, se recalcó la referida penalidad en S/. 2,280.00, consignado en su texto con el error advertido por la ONPE (S/.2,280.36), por lo que corresponde se ampare la rectificación en los términos solicitados, tanto en la liquidación de las penalidades como en la restitución de las cantidades retenidas.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que, del análisis del marco legal en lo que se refiere a la Interpretación del Laudo es de verse que el literal b) del numeral 1. del Artículo 58° de la Ley de Arbitraje, señala que:

*"Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución".*

Entonces relación a la figura de la Interpretación del laudo, tenemos que:

1. La solicitud de interpretación de Laudo, tal y como lo establece el literal b) del numeral 1 del Artículo 58° de la Ley de Arbitraje, tiene por finalidad solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
2. Sobre el particular, ARAMBURÚ<sup>1</sup> afirma que es: *"(...) mediante la interpretación del laudo que el tribunal arbitral puede despejar toda duda respecto a cómo éste debe entenderse. Al igual que en el caso de la corrección del laudo, la interpretación no debe utilizarse para pretender discutir temas que ya fueron objeto*

<sup>1</sup> ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. En "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2011. Página 665.

*de debate y resolución en cuanto al fondo del conflicto. Es decir, al igual que la rectificación, la interpretación no puede utilizarse como una apelación encubierta. (...), lo que se pretende con la solicitud de aclaración es que el laudo pueda ser ejecutado correctamente, en el verdadero sentido que los árbitros quisieron. (...) Efectivamente, la aclaración ahora denominada interpretación del laudo, busca únicamente que el tribunal arbitral, interprete o esclarezca aquello que resulte ser dudoso o que efectivamente puedan interpretarse en más de un sentido (...). De este modo la regla general es que únicamente pueda interpretarse la parte resolutiva del laudo, sin embargo, si el razonamiento expresado por el tribunal arbitral no es coincidente con lo expresado en la parte resolutiva, o mejor dicho, si el razonamiento puede generar dudas respecto de los efectos del laudo, cabe solicitar la interpretación de algún extremo de la parte analítica del laudo arbitral".*

3. En tal sentido, la interpretación del laudo tiene por objeto solicitar que se aclaren aquellos extremos de la parte resolutiva del mismo que resulten oscuros o de interpretación dudosa, así como aquellos eslabones de la cadena de razonamiento adoptada por el árbitro que tengan un impacto determinante en la parte resolutiva o decisoria del Laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes.
4. Por ello, la Ley de Arbitraje señala expresamente que la interpretación del laudo opera única y exclusivamente respecto de la parte decisoria del laudo y sólo excepcionalmente respecto de la parte considerativa en cuanto influya en ésta; es decir, en tanto será relevante para poder ejecutar lo decidido.
5. En atención a lo expuesto, la interpretación del laudo debe formularse en atención a sus fines, por lo que sólo deberá perseguir la aclaración de conceptos oscuros u omisiones contenidas en la parte resolutiva del laudo y nunca a resolver cuestiones sustanciales que hayan sido objeto de controversia.
6. Cabe advertir que la interpretación del laudo constituye un mecanismo orientado a hacer factible su correcta ejecución y no puede ser utilizado para

requerir al Árbitro o al Tribunal Arbitral que explique o reformule las razones o fundamentos de su decisión.

7. En conclusión, mediante la solicitud de interpretación de laudo no se podrá solicitar la alteración del contenido o de los fundamentos que sustentan la decisión adoptada por el Árbitro o Tribunal Arbitral, toda vez que dicha solicitud carece de la naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reconsideraciones.

**DECIMO TERCERO:** Que, del análisis marco legal en lo que se refiere Rectificación del Laudo planteada por la ONPE, el literal a) del numeral 1. del Artículo 58° de la Ley de Arbitraje, señala que:

*"Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cual error de cálculo, de trascipción, tipográfico o informático o de naturaleza similar".*

Sobre la rectificación del laudo, viene al caso señalar que ARAMBURÚ<sup>2</sup> afirma que:

*"Es importante considerar que, con la rectificación del laudo, no cabe la modificación de la decisión en cuanto al fondo de la misma únicamente cabe, como hemos dicho, corregir algún error formal o material"*

*"La rectificación de laudo arbitral, por tanto, no resultara procedente si mediante su planeamiento se le solicita al tribunal arbitral directa o indirectamente que rectifique su análisis, que aprecie nuevamente los hechos o las pruebas porque a decir de la parte que la solicita ha cometido un error que debe ser rectificado, o que aplique una ley diferente. Por ejemplo, sustentar que el tribunal arbitral valoro una prueba de manera errada y rectifique tal hecho o que no considero la importancia una prueba que resultaba vital para el caso, o que aplico una ley incorrecta, o que su interpretación, respecto de la norma aplicada es errada, no son solicitudes amparables vía la rectificación de laudo arbitral. La rectificación, en suma, no constituye una apelación encubierta del laudo arbitral, no se debe buscar con ella que se vuelva a analizar el caso. Por ello la norma no permite al tribunal arbitral revisar el fondo de lo resuelto o volver a analizar y emitir un nuevo pronunciamiento."*

---

<sup>2</sup> ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. En "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2011. Página 663.

**DECIMO CUARTO:** Que, como es verse de los extremos de la solicitud de Interpretación de la ONPE, sus alegaciones resultan en elucubraciones vinculadas específicamente a los montos objeto del mandato de restitución contenido en el Laudo, no así en cuanto al sentido de la parte decisoria del texto del fallo ni están dirigidas a cuestionar el desarrollo de la parte considerativa ni a cuestionar la liquidación de las penalidades aplicables establecida por el Arbitro Único en S/50,236.36; por lo que en rigor no corresponden con algún extremo oscuro, impreciso o dudoso de lo resuelto, sin embargo lo alegado si resulta teniendo incidencia en los alcances de la ejecución, de donde tal solicitud, respecto de lo resuelto por el Laudo en cuanto a los montos a restituir deviene parcialmente en amparable.

**DECIMO QUINTO:** Que, en efecto la solicitud de Interpretación de la ONPE, no resulta un cuestionamiento ni expreso ni tácito de la valoración del material probatorio y el proceso deliberativo del Árbitro Único, ni tiene el propósito de buscar un reexamen de los medios probatorios, como tampoco argumenta un supuesto de inaplicación o aplicación equivoca de normas, o de una interpretación de la normativa que no correspondería; buscando en forma expresa se explique, independientemente del razonamiento que sustenta el fallo que no se cuestiona, cómo es que sería posible su ejecución habida cuenta de la retención menor de montos por concepto de penalidad, lo cual condice con el propósito que la norma asigna a la interpretación, siendo que no ha quedado sin resolver extremo alguno de la controversia o que no se haya motivado suficientemente todas y cada una de las decisiones adoptadas.

**DECIMO SEXTO:** Que, en el sentido de lo discernido precedentemente, el Árbitro Único considera oportuno señalar que las alegaciones de la ONPE con su solicitud de Interpretación inciden en un aspecto, la retención realmente efectuada solo hasta el límite del monto permitido por la normativa, no recogida debidamente en el desarrollo de la parte expositiva del fallo, no obstante que en efecto con la Carta N°000202-2014-SGL-GAD/ONPE, señaló un cálculo de penalidad por mora en un total de S/.951,041.50, indicando que procedería la aplicación de la penalidad máxima ascendente a S/. 245,651.70, monto que

sumado a S/. 73,720.00 correspondiente a otras penalidades, alcanzó un total de S/. 319,371.70, limitándose la restitución a la suma de S/. 269,045.34. La solicitud de Interpretación resulta fundada parcialmente en tanto no cuestiona los montos de las penalidades establecidas en el Laudo sino únicamente lo relativo al monto de la efectiva retención efectuada por la ONPE.

**DÉCIMO SÉTIMO:** Que, respecto de la Rectificación del Laudo solicitada por la ONPE, en relación con los montos señalados en el Cuarto y Décimo Tercer extremos resolutivo del Laudo, el Arbitro Único establece que en efecto se ha incurrido de manera involuntaria en los errores apreciados por esa ENTIDAD, por lo que ese extremo de su solicitud deviene en amparable debiendo tenerse el fallo por rectificado en tal sentido. Sin perjuicio de lo indicado, es de precisar que la rectificación amparada no importa modificación de lo resuelto, ni afecta a su sentido ni al proceso evaluativo que sustenta la decisión del fallo.

Conforme a los argumentos expuestos,

**SE RESUELVE:**

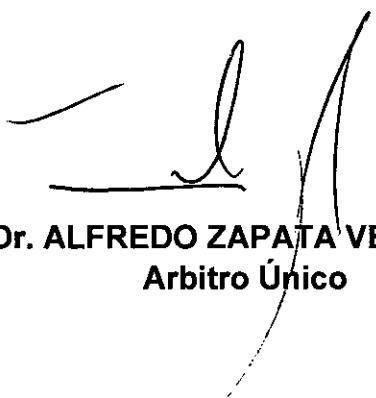
**PRIMERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la solicitud de Interpretación del Laudo, solicitada por la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE, respecto del monto efectivamente retenido por concepto de penalidades en lo resuelto con los extremos resolutorios Tercero, Quinto y Octavo del Laudo expedido con la Resolución N° 16 de fecha 30 de junio de 2016, que declaran FUNDADAS la Pretensión accesoria de la Primera Pretensión Principal, la Pretensión accesoria de la Segunda Pretensión Principal y FUNDADA EN PARTE la Segunda pretensión accesoria a la Tercera Pretensión Principal de la demanda; conforme a las razones expuestas en los considerandos precedentes.

**SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA** la solicitud Rectificación la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE y en consecuencia **TENER POR RECTIFICADO** los extremos resolutorios Quinto y Décimo Tercero del Laudo expedido con la

Resolución N° 16 de fecha 30 de junio de 2016, en los términos y por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente resolución.

**TERCERO: REMÍTIR** copia de la presente resolución, al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE.

**Notifíquese a las partes.**



**Dr. ALFREDO ZAPATA VELASCO**  
**Arbitro Único**



**Dra. Alicia Vela López**  
**Secretaria Arbitral**