



CARGO DE DOCUMENTO INGRESADO

Trámite 2019 - 133503 - Osinergmin Central - 1 2019/08/15 9:29 AM
Remitente CAMARA DE COMERCIO DE LIMA
Documento CARTA Nro. S/N
Asunto REMITEN RESOLUCION INDICADA DEL CASO ARBITRAL N°0057-2018-CCL.

Observación

Oficina de Destino GERENCIA DE ASESORIA JURIDICA

URGENTE

Recuerde que para un próximo trámite debe señalar el número de expediente 201900133503

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería

Bernardo Monteagudo 222

Servicio telefónico de atención al ciudadano: LIMA 01-2193410/PROVINCIAS 0800-41800(línea gratuita)

TD_CENTRAL01

RETORNO:

SALIDA:

9:30



Lima, 15 de agosto de 2019

Señores

**ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y
MINERÍA – OSINERGMIN**

Jirón Bernardo Monteagudo N° 222
Magdalena del Mar.-

Ref.: Caso Arbitral N° 0057-2018-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumulo con notificarles la Resolución N° 8 que contiene el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal Arbitral con fecha 14 de agosto de 2019.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,



Joyce Poves Montero
Secretaria Arbitral

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EN LOS SEGUIDOS ENTRE CA SISTEMAS
EMPRESARIALES S.A.C Y EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN DE
ENERGIA Y MINERÍA-OSINERGMIN EN RELACION AL CONTRATO DE LOCACIÓN
DE SERVICIOS N° 143-2017 PARA “EL SERVICIO DE IMPLEMENTACIÓN DE
SOLUCIÓN PARA LA GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS”**

TRIBUNAL ARBITRAL:

Juan Carlos Pinto Escobedo (Presidente del Tribunal)

Roberto Benavides Pontex

Úrsula Caro Tumba

DEMANDANTE

CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C.

(en adelante, el CONTRATISTA o el Demandante)

DEMANDADO

**ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA-
OSINERGMIN**

(en adelante, OSINERGMIN o el Demandado)

Tipo de Arbitraje

Institucional y de Derecho

Secretaria Arbitral

Joyce Poves Montero

Lima, 14 de agosto de 2019

Resolución N° 8

En Lima, a los 14 días de agosto de 2019, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral

1.1 El Convenio Arbitral

Está contenido en la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Locación de Servicios, para la “Contratación del Servicio de Implementación de Solución para la Gestión de Recursos Humanos”, suscrito entre las partes el 23 de octubre de 2017 (en adelante el Contrato).

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

Con Orden Procesal N° 01 de fecha 19 de junio de 2018, se constituyó el Tribunal Arbitral.

II. Normatividad aplicable al arbitraje

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación las siguientes normas: Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), el Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante el RLCE) y las Directivas que apruebe el OSCE; asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considerase apropiado.

III. De la DEMANDA ARBITRAL presentada por el CONTRATISTA

3.1 Con fecha 19 de julio del 2018, el CONTRATISTA presentó su demanda arbitral refiriendo la siguiente pretensión:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución contractual efectuada por el ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA-OSINERGMIN, al contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.17 formulada mediante Carta Notarial N° 154040 de fecha 11.12.17.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, que se proceda a establecer consensualmente un nuevo cronograma estableciendo ambas partes nuevas fechas de presentación de Entregables, permitiéndose con ellos una adecuada y objetiva continuación del Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.17

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se proceda a entregar y/o facilitar a la empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C. toda la información respectiva prevista en las Bases Administrativas Integradas del proceso de selección, permitiéndose con ello una adecuada y objetiva continuación y ejecución del Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.17.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se ordene al OSINERGMIN el pago en favor de la empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C. del importe económico de S/. 61, 500.00 soles por concepto del Primer Entregable presentado, conforme a lo estipulado en la cláusula cuarta del Contrato Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.17, y, en

concordancia con el artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se proceda- en caso de no ampararse la pretensión asignada en el acápite anterior por parte del OSINERGMIN al pago en favor de la empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C. del importe económico de S/. 61, 500.00 soles por concepto de Indemnización por daño emergente y lucro cesante.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de las penalidades que hayan sido ordenadas por el OSINERGMIN contra la empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C.

SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se proceda a la consecuente devolución y/o reintegro a favor de la empresa recurrente de las penalidades que hayan sido impuestas y/o efectivamente deducidas por la Entidad. (cuya estimación monetaria ha sido referencia en S/. 41,000.00 Soles aprox.).

OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se ordene al OSINERGMIN al pago en favor de la empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C. de los intereses legales devengados y por devengarse que pudieron configurarse.

NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se ordene al OSINERGMIN al pago de los gastos, costas y costos respectivos.

FUNDAMENTOS DE HECHO:

- 3.2 Con fecha 23.OCT.2017, la Entidad y CA SISTEMA EMPRESARIAL S.A.C, en adelante el Contratista, suscribieron el Contrato de Locación de Servicios, para la "Contratación del Servicio de Implementación de Solución para la Gestión de Recursos Humanos", estableciendo como monto contractual el importe económico de S/. 410,000.00 soles incluido los impuestos de ley, estableciendo como plazo contractual del 24.10.2017 al 17.03.2018, distribuidos de la siguiente manera, de acuerdo a lo señalado en el Capítulo III- Términos de Referencia de las Bases Administrativas Integradas:

- *Plazo máximo de ejecución para las mejoras continuas: 300 días calendario o la bolsa de 600 horas, posteriores a la implementación de la solución, lo que ocurra primero.*
- *"Fase operativa se realizarán dos servicios:*
 - 1. Implementación de la solución en un plazo máximo de ciento cincuenta (150) días calendario.*
 - 2. Acompañamiento a la implementación (ingreso de información, la creación de reportes, la parametrización de los campos, así como cualquiera otra actividad relacionada a la operación de la solución dentro de los días indicados), en un plazo de sesenta (60) días calendario, contabilizados desde el día siguiente de la implementación."*

3.3 Asimismo, señala el Contratista dentro de las Bases Administrativas Integradas, cláusula Cuarta: Del Pago:

- Entregable N° 01: 07.11.2017 monto a pagar S/. 61,500.00
- Entregable N° 02: 22.11.2017 monto a pagar S/. 41,000.00
- Entregable N° 03: 22.12.2017 monto a pagar S/. 41,000.00
- Entregable N° 04: 21.01.2018 monto a pagar S/. 41,000.00
- Entregable N° 05: 20.02.2018 monto a pagar S/. 41,000.00
- Entregable N° 06: 22.03.2018 monto a pagar S/. 41,000.00
- Entregable N° 07: 21.05.2018 monto a pagar S/. 61,500.00

La conformidad de la prestación se debe hacer en un plazo que no excederá de los diez (10) días de producida la recepción; y el pago debe efectuarse en un plazo de quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los servicios, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el Contrato.

3.4 Con fecha Carta Notarial N° 154040 de fecha 11.12.17, la Entidad comunicó la Resolución del Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.17, señalando como causal de resolución de contrato, según lo establecido en el numeral 1) del punto 135.1 del artículo 135 del Reglamento, el incumplimiento total

de las obligaciones contractuales requeridas en el contrato, solicitadas con Oficio N° GSTI-115-2017/OS-OS, en el plazo otorgado.

- 3.5 Señala el Contratista que de acuerdo a las Bases Integradas el producto a implementar debe estar integrado con el sistema utilizado por la Entidad para la Gestión del Talento Humano (Susses Factor) debiendo el sistema permitir de manera nativa utilizar Single Sing-On con el Sistema de Gestión de Talento Humano a implementar y el Sistema de Back- Office, y dado que la Entidad ya contaba con una plataforma web que es utilizada por sus colaboradores para realizar funcionalidades del Back-Office y la solución debía ser poder utilizar dichos usuarios para su autenticación y operación para los autoservicios para los Gerentes, Jefes o colaboradores que manejarán el producto a implementar, siendo que en las Bases Integradas no se aprecia que la instalación nativa fuere exigible efectuarla en el Entregable N° 01, no siendo responsabilidad del contratista, no estipulándose en las Bases Integradas el requerimiento de alguna marca en específico (como por ejemplo SAB, entre otras), únicamente señalando el termino nativas.
- 3.6 Señala también el Contratista, que si la Entidad ya contaba con licencias de una marca determinada (en el caso SAB, no detallado en las Bases Integradas) debió proceder a un proceso de Estandarización y no convocarse a un concurso público, en cuyo requerimiento además no puede hacer referencia de marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados, fabricación o procedencia, aspecto previsto en el artículo 8.4° de la Ley, razón por la cual no se hizo la observación sobre dicho punto, por lo cual al sernos adjudicada la buena pro procedimos a la suscripción del Contrato, siendo más bien que la Entidad incurrió en falta de transparencia al no haber especificado en sus Bases Administrativas en forma precisa y objetiva su requerimiento técnico, es por ello que se solicita que la Entidad pueda establecer consensualmente un nuevo cronograma estableciendo ambas partes nuevas fechas de presentación de Entregables.
- 3.7 Asimismo, que la Entidad no habría cumplido con efectuar el pago correspondiente al Primer y Segundo Entregable presentado, de acuerdo al artículo 143.3 y 149.1 del Reglamento, por lo que se solicita el pago correspondiente, intereses legales generados y por generarse; el pago por

concepto de indemnización por daños emergente y lucro cesante; la devolución o reintegro de alguna penalidad impuesta, así como el pago de los costos y costas del proceso arbitral.

IV. De la CONTESTACION A LA DEMANDA ARBITRAL presentada por OSINERGMIN:

- 4.1 Mediante escrito recepcionado el 17 de agosto de 2018, OSINERGMIN, contesta la demanda fundamentando que el demandante no fundamenta sus pretensiones en ningún medio probatorio, y que las Bases Integradas del Concurso Público N° 22-2017-OSINERGMIN Contratación del Servicio de Implementación de solución para la Gestión de Recursos Humanos, se señala con precisión el concepto de la contratación, así como los aspectos técnicos.
- 4.2 La razón de la resolución contractual se debió al incumplimiento injustificado de todas las obligaciones contractuales asumidas por el Contratista, razón por la cual se remitió la Carta Notarial contenida en el Oficio N° DSTI-115-2017/OS-OS, donde se le solicitó al Contratista cumplir con sus obligaciones contractuales estipulados en el Contrato, otorgándole un plazo el cual no fue cumplido, lo cual conllevó la posterior resolución del Contrato por causal de incumplimiento injustificado de todas sus obligaciones contractuales según lo establecido en el numeral 1) del punto 135.1 del artículo 135 del Reglamento.
- 4.3 La resolución de contrato fue notificada por Carta Notarial 154040 (que contiene el Oficio N° 815-2017-OS-GAF y Memorándum N° S/N de fecha 07.12.2017) suscrita por la Notaria Carpio Vélez; señala también que el Contratista cuestiona el Memorándum N° S/N de fecha 07.12.2017 emitido por el Gerente de Sistemas y Tecnologías de la Información -donde se le imputan incumplimientos contractuales relacionados con el Entregable 1 y 2- porque considera que dicho documento es un documento de trabajo interno de la Entidad, cuestión que resulta sin sustento jurídico dado que la actuación de OSINERGMIN no se encuentra limitada a que sus informes deban ser "validados" por el Contratista; desvirtuando también la inexistencia de transparencia en la información ofrecida en las Bases Integradas ya que se solicita claramente la integración nativa del BackOffice institucional con

la solución de RRHH; asimismo se señala que si el Contratista tenía alguna duda sobre el servicio, debió realizarlo dentro del periodo establecido dentro del proceso de selección, lo cual no realizó, presentando incluso declaración de cumplir con los términos de referencia y que para la convocatoria del proceso de selección se realizaron el estudio de indagación de mercado para garantizar la pluralidad de postores y el entendimiento de las necesidades plasmadas en las Bases.

4.4 Señala también que el resultado de este estudio indicó que las soluciones en el mercado que cumplían con las Bases no eran específicamente SAP, que en el proceso de selección se presentaron soluciones que eran y no eran SAP, asimismo que dentro del expediente de contratación el Contratista declaró que cumplía con las Bases, éstas pasaron al proceso de evaluación para otorgarse la buena pro, asimismo el Contratista sustentó su experiencia lo cual demuestra que no pudo no entender el requerimiento de las especificaciones técnicas, no existiendo requerimientos contradictorios por parte de OSINERGMIN.

4.5 Cabe precisar que el Gerente de proyectos del Contratista fue presentado el 17.11.2017, siendo el responsable de gestionar toda la documentación, coordinación y seguimiento desde la vigencia del contrato, incluyendo el Acta de Inicio de Proyectos (documento donde se comprometerá a cumplir con los estándares y demás políticas de seguridad de información vigente en el OSINERGMIN).

4.6 Con relación al Primer Entregable, señala el OSINERGMIN que se realizaron observaciones a los siguientes documentos:

1. La observación al Acta de Constitución del Proyecto señalada por el Oficio N° GSTII-115-2017/OS-OS persiste, ya que no existe ningún acta formal validada por ambas partes;
2. La observación al Plan de Dirección del Proyecto señalada en el Oficio N° GSTII-115-2017/OS-OS persiste, la información contenida no es la correcta, por ejemplo, la información sobre los roles y asignación de

responsabilidades debe corresponder al personal del contratista y no al personal de OSINERGMIN, entre otros;

3. En el Registro de Interesados, no se señala rol que debe tener el personal del Contratista dentro del Proyecto, los cuales deben estar en la Matriz RAM del Plan de Dirección del Proyecto y no contiene una parte descriptiva de cada uno de los roles para mejor entendimiento;
4. El aplicativo tuvo que estar instalado en la primera fase (07.11.2017), según lo especificado en las bases, en ese sentido, el contratista tuvo 15 días desde que comenzó el proyecto (24.10.2017) para solicitar cualquier requerimiento de información que considere necesario para realizar la instalación, pese a ello recién con fecha 17.11.2017 el Contratista solicita formalmente los requerimientos técnicos para la instalación de su aplicativo (10 días después de la fecha requerida de instalación). Cabe precisar que al no contar con la instalación de su aplicativo el 07.11.2017 se envió al Contratista el Oficio N° GSTI-106-2017/OS-OS señalando el incumplimiento; asimismo, para realizar una prueba de funcionamiento con el Success Factor es necesario contar con el aplicativo instalado, lo que no fue realizado por el Contratista.

Es por ello que en el Oficio N° GSTII-115-2017/OS-OS, se concluye que las propuestas no están de acuerdo a lo solicitado en las bases, porque se evidencia que el sistema de por si no permite la integración nativa con nuestro sistema de BackOffice, por lo que se resolvió el contrato.

- 4.7 De las observaciones efectuadas al Segundo Entregable, señala que el contratista no levantó ninguna de las observaciones realizadas, sobre la instalación del aplicativo, asimismo señala que de acuerdo a las Bases Integradas no se establece que OSINERGMIN deba proveer ningún componente para la integración del aplicativo del contratista con el sistema BackOffice; asimismo la Entidad manifiesta su OPOSICIÓN A LA EXHIBICIÓN de documentos ofrecidos por el Contratista en los numerales iii) y v) del numeral 7) del acápite de la demanda.

- 4.8 Con escritos de fecha 23 y 24 de octubre de 2018, OSINERGMIN presenta los medios probatorios de su contestación de demanda, solicitados en la Orden Procesal N° 02 de fecha 16 de octubre de 2018.

V. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS

Con fecha 26 de octubre de 2018, se llevó acabo la Audiencia de Ilustración de Hechos.

VI. De la ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES presentado por el CONTRATISTA

- 6.1 Con fecha 21 de noviembre de 2018, el Contratista presenta solicitud de acumulación de pretensiones de acuerdo al siguiente detalle:

DÉCIMA PRETENSIÓN que se ordene al OSINERGMIN al pago en favor de la Empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C del importe económico de S/. 41,000.00 soles por concepto del Segundo Entregable presentado, conforme lo estipulado en la cláusula cuarta del Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.17, y en concordancia con el artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN Se proceda- en caso de no ampararse la pretensión signada en el acápite anterior-por parte del OSINERGMIN- al pago en favor de la Empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C el importe económico de S/. 41,000.00 soles por concepto de indemnización por daño emergente y lucro cesante.

DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN Se proceda por parte de OSINERGMIN al reconocimiento y pago a favor de la empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C del importe económico de S/. 129,800.00 soles por concepto de la entrega de los códigos y programas fuentes desarrollados de las Licencias de Software de Base de Datos (SQL Server) y Software de Recursos Humanos (Empresarial- RH.com).

Asimismo, solicita se programe fecha y hora de una Audiencia de Informes Técnicos, donde puedan sustentar sus posiciones sobre asuntos técnicos y de hechos.

- 6.2 Posteriormente sustentado con Escrito N° 10 de fecha 02 de enero de 2018, donde adjunta sus medios probatorios.

VII. De la CONTESTACIÓN A LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES presentado por OSINERGMIN

Con escrito de fecha 19 de diciembre de 2018, OSINERGMIN contesta la demanda acumulada efectuada por el Contratista, negando cada una de las nuevas pretensiones:

- 7.1 Sobre la DÉCIMA PRETENSIÓN señala que el contratista no levantó ninguna de las observaciones realizadas, sobre la instalación del aplicativo, asimismo señala que de acuerdo a las Bases Integradas no se establece que OSINERGMIN deba proveer ningún componente para la integración del aplicativo del contratista con el sistema BackOffice.
- 7.2 Sobre la DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN señala que al tratarse de una pretensión accesorio de la primera pretensión accesorio debe ser declarada infundada, ya que, al tratarse de una pretensión de carácter indemnizatorio, la cual requiere que se hayan presentado cada uno de los elementos indispensables de la responsabilidad civil, pues de lo contrario no existiría daño y no corresponde su indemnización.

M
D

7.3 Sobre la DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN señala que según las Bases Integradas los pagos se realizarían en atención a la aprobación de los Entregables, no teniendo pertinencia el cobro ya que el Contratista no cumplió con entregar lo solicitado por OSINERGMIN que son objeto del Contrato.

VIII. AUDIENCIA TECNICA

Con fecha 25 de marzo de 2019, se llevó acabo la Audiencia Técnica para la sustentación de las partes de asuntos técnicos y hechos.

IX. Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios

Con fecha 16 de octubre de 2018, se fijaron las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral, determinándose los siguientes puntos:

9.1. Fijación de Puntos Controvertidos:

Respecto del escrito de demanda presentado con fecha 17 de agosto de 2018.

Puntos Controvertidos de la Demanda

- *Determinar si corresponde declarar la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución contractual efectuada por el demandado, al contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.17 formulada mediante Carta Notarial N° 154040 de fecha 11.12.17.*

- *Determinar si corresponde establecer consensualmente un nuevo cronograma estableciendo ambas partes nuevas fechas de presentación de Entregables, permitiéndose con ellos una adecuada y objetiva continuación del Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.17*
- *Determinar si procede entregar y/o facilitar al demandante toda la información respectiva prevista en las Bases Administrativas Integradas del proceso de selección, permitiéndose con ello una adecuada y objetiva continuación y ejecución de Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.17.*
- *Determinar si corresponde ordenar al demandado al pago en favor del demandante del importe económico de S/. 61, 500.00 soles por concepto del Primer Entregable presentado, conforme a lo estipulado en la cláusula cuarta del Contrato Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.17, y, en concordancia con el artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*
- *En caso de no ampararse la pretensión asignada en el acápite anterior por parte del demandado al pago en favor del demandante del importe económico de S/. 61, 500.00 soles por concepto de Indemnización por daño emergente y lucro cesante.*
- *Determinar si corresponde declarar la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de las penalidades que hayan sido ordenadas por el demandando contra el demandante.*
- *Determinar si corresponde la devolución y/o reintegro a favor del demandante de las penalidades que hayan sido impuestas y/o efectivamente deducidas por el demandado (cuya estimación monetaria ha sido referencia en S/. 41,000.00 Soles aprox.).*
- *Determinar si corresponde ordenar al demandado el pago en favor del demandante de los intereses legales devengados y por devengarse que pudieron configurarse.*
- *Determinar si corresponde ordenar al demandado el pago de los gastos, costas y costos respectivos.*

9.2. Puntos Controvertidos de la Ampliación de la Demanda:

- *Determinar si corresponde a OSINERGMIN que cumpla con el pago en favor de la Empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C del importe económico de S/. 41,000.00 soles por concepto del Segundo Entregable presentado, conforme lo estipulado en la cláusula cuarta del Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.17, y en concordancia con el artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*
- *Determinar si corresponde a - en caso de no ampararse la pretensión signada en el acápite anterior- OSINERGMIN- que cumpla con el pago en favor de la empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C el importe económico de S/. 41,000.00 soles por concepto de indemnización por daño emergente y lucro cesante.*
- *Determinar si procede el reconocimiento y pago a favor de la empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C del importe económico de S/. 129,800.00 soles por concepto de la entrega de los códigos y programas fuentes desarrollados de las Licencias de Software de Base de Datos (SQL Server) y Software de Recursos Humanos (Empresarial- RH.com).*

9.3. Admisión de Medios Probatorios

Se admitieron los siguientes medios probatorios:

- Por parte del CONTRATISTA se admitieron los medios probatorios documentales ofrecidos en el acápite denominado "V) MEDIOS PROBATORIOS", numerales del 1 al 6, de su escrito de demanda presentado con fecha 19 de julio de 2018, y todos los medios probatorios presentados durante el proceso arbitral.

- Por parte de OSINERGMIN se admitieron los medios probatorios documentales ofrecidos en el acápite "IV MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito con sumilla "Contestación de Demanda" presentado con fecha 17 de agosto de 2018, y todos los medios probatorios presentados durante el proceso arbitral.

X. Audiencia de Informe Oral

Con fecha 04 de junio de 2019, se llevó a cabo a Audiencia de Informes Orales, en dicho acto ambas partes hicieron uso de la palabra. Seguidamente, se procedió con la réplica y duplica correspondiente, del mismo modo, el Tribunal Arbitral realizó las preguntas pertinentes a las partes, las mismas que fueron respondidas, con lo que concluyó el informe oral.

XI. Plazo para laudar

Tribunal Arbitral en la Audiencia de Informes Orales fija plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32° (1) y 39° del Reglamento de Arbitraje del Centro.

XII. Cuestiones preliminares

En forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por el Tribunal Arbitral en el presente arbitraje, corresponde señalar que:

- (i) De acuerdo al Convenio Arbitral, las partes establecieron que el arbitraje sería resuelto bajo el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional de la Cámara de Comercio de Lima.
- (ii) El Tribunal Arbitral fue conformado de conformidad con lo establecido de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes. De igual modo, dicha designación respeta la regulación contemplada en la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), el Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante el

RLCE) y las Directivas que apruebe el OSCE.

- (iii) El Demandante y demandado aceptaron la conformación del Tribunal Arbitral que emite el presente Laudo, sin que exista recusación alguna en contra de él. Asimismo, no se impugnó o reclamó alguna de las disposiciones contenidas en el Acta de Instalación, o se planteó algún recurso de reconsideración contra las decisiones emitidas por éste Tribunal.
- (iv) La Contratista presentó su demanda y OSINERGMIN fue debidamente emplazada con dicha demanda, contestando la misma dentro del plazo otorgado, ejerciendo plenamente su derecho de defensa.
- (v) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, habiendo tenido amplia oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de informar oralmente, con la participación de sus abogados, respetando en todo momento este Tribunal el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.
- (vi) Que la decisión de éste Tribunal contenida en el presente Laudo ha sido emitida dentro del plazo establecido para tales efectos.

Asimismo, éste Tribunal considera necesario resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo a lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.

De otro lado, este Colegiado deja establecido que podrá analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado, agrupándolos o analizándolos individualmente, no necesariamente conforme a lo establecido en el Acta de Conciliación, Admisión de Medios Probatorios y Determinación de Puntos Controvertidos. De ser el caso, si decide pronunciarse sobre alguno de ellos, y de ello resulta que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre uno o varios de los otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, omitirá pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.

Finalmente, se deja constancia que en el estudio, análisis y consideración del

presente arbitraje se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

En relación con la materia probatoria

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en éste Tribunal respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la

parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó” (1).

XIII. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la Ley de Arbitraje, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, **en DERECHO**, analiza la materia controvertida del siguiente modo:

1. **COMO PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE LA NULIDAD, IMPROCEDENCIA Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EFECTUADA POR EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA-OSINERGMIN, AL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS N° 143-2017 DE FECHA 23.10.17 FORMULADA MEDIANTE CARTA NOTARIAL N° 154040 DE FECHA 11.12.17.**

Sobre la Resolución del Contrato – Aspectos Generales

- 1.1. Para abordar el presente punto controvertido, primero debemos partir por indicar que el contrato suscrito por las partes con fecha 23.10.2017, Contrato Nro. 143-2017 de Locación de Servicios, para la “Contratación del Servicio de Implementación de Solución para la Gestión de Recursos Humanos” (el Contrato) ha sido suscrito al amparo de lo dispuesto en la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), el Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante el RLCE), teniendo como antecedente la realización del procedimiento de selección, Concurso Público Nro. 022-2017-OSINERGMIN.
- 1.2. Dicho contrato fue resuelto por OSINERGMIN mediante la Carta Notarial N° 154040 de fecha 11.12.17, conteniendo el Oficio Nro. 815-2017-OS-GAF y bajo el siguiente tenor inicial:

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

“Por medio de la presente nos dirigimos a usted, con relación a la Carta indicada en la referencia 1) con la finalidad de manifestarle que vuestra representada no cumplió con todas sus obligaciones contractuales requeridas mediante del Oficio de la referencia 2), remitiendo toda la información especificada y requerida en el mismo, en el plazo otorgado, así como, dicho incumplimiento no tiene justificación alguna; considerando lo expuesto por la Gerencia de Sistemas y Tecnología de la Información (área usuaria del servicio) en el Memorando de la referencia 3), cuya copia se adjunta al presente y forma parte del mismo.”

- 1.3. Como puede apreciarse del texto de la Carta Notarial Nro. 154040, en ella se cita como referencia, el Oficio Nro. GSTI-115-2017/OS-OS (Carta Notarial Nro. 153796) que tiene como asunto “Requerimiento de Cumplimiento de Obligaciones Contractuales”. Mediante dicho oficio, OSINERGMIN requiere al contratista que, bajo apercibimiento de resolver el contrato, cumpla con sus obligaciones especificadas en las bases integradas del Concurso Público Nro. 22-2017-OSINERGMIN, las mismas que detalla como “Observaciones al 1er Entregable” y “Observaciones al 2do Entregable” dentro del contenido del Oficio, enumerando las siguientes **observaciones**:

según consta en el
en el artículo que menciona
Artículo 102. Deben leerse
El Notario no asume responsabilidad
ni por la validez jurídica

OBSERVACIONES AL 1ER. ENTREGABLE

Con respecto a las Bases Integradas del Concurso Público Nro. 22-2017-OSINERGMIN, se solicita que el primer entregable contenga lo siguiente:

- Acta de Inicio de Proyecto
- Plan detallado del proyecto
- Kick Off
- Entrega de Licencias de Uso
- Instalación del Software en servidores del Osinergmin

Luego de haber revisado los entregables subsanados por el contratista mediante carta enviada el 23/11/2017, tenemos las siguientes observaciones:

1. Tomando como referencia la Metodología de Gestión de Proyectos de Osinergmin, de cumplimiento obligatorio según las bases (Capítulo III, Punto 7, letra e) El Contratista,

por la empresa

una vez iniciado el servicio, se comprometerá a cumplir con *los estándares* y demás políticas de seguridad de la información vigente en el Osinergmin):

- El Acta de Inicio del Proyecto requiere la validación por parte de todos los firmantes, por lo que sólo podría ser firmado una vez que se hayan subsanado todas las observaciones al entregable. En este caso, a la citada acta presentada, le falta la validación y firmas respectivas por parte del personal de Osinergmin.
- El Plan Detallado del Proyecto debe estar elaborado desde el punto de vista del contratista que presta el servicio. El documento presentado sólo incluye información sobre el equipo de Osinergmin. Es decir, al citado plan presentado le falta información del equipo de proyecto propuesto en bases por el contratista.
- El Registro de Interesados está incompleto. Al citado documento le falta incluir al personal propuesto por el contratista, de acuerdo a su oferta.
- Falta que se lleve a cabo la reunión de KickOff, teniendo en cuenta que el Acta de Inicio del Proyecto no fue validada ni firmada por el personal de Osinergmin, dado que todavía no se han subsanado todas las observaciones al entregable.
- En todos los documentos presentados, se indica y usa de manera incorrecta el rol de "Gerente de Proyecto" (que corresponde al contratista), confundiéndolo con el rol de "Gestor de Proyecto" (que corresponde a Osinergmin), por lo que se requiere que se indique en todos los documentos el rol de "Gerente de Proyecto" de acuerdo a su oferta, según corresponda.

2. Entrega de Licencias de Uso:

- De acuerdo al literal j del numeral 7 del punto 3.1 del capítulo III, de la sección específica de las referidas bases se indica lo siguiente:

"El Contratista se compromete a entregar todos los componentes de software, modelos y documentación y ceder todos los derechos a favor de Osinergmin"

- Adicionalmente, en el numeral 10 del punto 3.1 del capítulo III, de la sección específica de las referidas bases se indica lo siguiente:

"(...)

Osinergmin adquirirá la propiedad intelectual y los derechos de autoría, uso, explotación y distribución de todos los documentos, programas y mejoras de los mismos que se creen y desarrollen como consecuencia de la ejecución del servicio objeto del presente contrato.

En consecuencia, el CONTRATISTA entregará a Osinergmin toda la documentación técnica y de usuarios, incluyendo entre otros, los códigos y programas fuentes desarrollados sobre dichos programas.

Si fuera el caso que la ejecución y cumplimiento del presente proyecto el CONTRATISTA tuviese necesidad de utilizar metodología y herramientas de software propias (o con derecho a uso), Osinergmin adquirirá los derechos de uso sobre los mismos y el que se requiera durante la ejecución del proyecto. Osinergmin se abstendrá de hacer copias o introducir variantes en los mismos y no permitirá a terceros el acceso uso de dichos programas y metodologías."

- Asimismo, de acuerdo al numeral 17 del punto 3.1 del capítulo III, de la sección específica de las referidas bases, se indica que forma parte del primer entregable la entrega de licencias de uso.
- En tal sentido, con relación a lo presentado, se tienen las siguientes observaciones:
 - Falta entregar las licencias y todos sus componentes de software, modelos y documentación, así como ceder todos los derechos a favor de Osinergmin
 - Falta entregar toda la documentación técnica y de usuarios, incluyendo entre otros, los códigos y programas fuentes desarrollados sobre dichos programas.
 - Falta que se especifique la cantidad de licencias que serán otorgadas a Osinergmin, considerando las licencias de la solución y todos sus componentes, programas, base de datos entre otros, para su buen y óptimo funcionamiento.
 - En el documento presentado, se indica siguiente párrafo: *"Osinergmin se abstendrá de hacer copias o introducir variantes en los mismos y no permitirá a terceros el acceso y uso de dichos programas y metodologías"*. Sobre el particular indicamos en el párrafo se señala lo siguiente: *"Si fuera el caso que la ejecución y cumplimiento del presente proyecto el CONTRATISTA tuviese necesidad de utilizar metodología y herramientas de software propias (o con derecho a uso), Osinergmin adquirirá los derechos de uso sobre los mismos y el que se requiera durante la ejecución del proyecto"*. Este caso se presenta cuando se utilizan metodologías o herramientas de apoyo al proyecto, pero no se refiere al producto de software objeto del presente contrato. Además, se contradice con lo indicado en el primer párrafo del documento entregado por el contratista.
En tal sentido, se requiere que en el documento de cesión del software se indique que Osinergmin tiene todos los derechos según lo establecidos en las mencionadas bases integradas.

3. Instalación del Software en servidores del Osinergmin:

- En el entregable sólo incluyen un manual de instalación y no se especifica ni evidencia que han presentado el software a Osinergmin con el fin de cumplir con lo requerido en el Capítulo III, en el punto 16) Alcance del servicio de las mencionadas bases integradas, donde se indica lo siguiente:

"El alcance del servicio comprende los siguientes conceptos:

- *Implementación, capacitación y mejora continua de la solución de Recursos Humanos, así como la capacitación a usuarios claves y usuarios finales y el soporte presencial post salida a producción.*
 - *Adquisición de licencias de software, y mantenimiento del mismo para la operación de la solución de Recursos Humanos, de acuerdo a los requerimientos de Osinergmin. El tiempo de vigencia del mantenimiento deberá cubrir hasta los 12 meses posteriores a la salida a producción."*
- Asimismo, se indica que para cumplir se debe realizar lo siguiente:

ml

D

"Para cumplir con el objetivo antes descrito, EL CONTRATISTA deberá proveer una solución que cubra como mínimo los requerimientos funcionales detallados en el ANEXO I ...".

En el ANEXO I, dentro de todas las funcionalidades se indica las siguientes Funcionalidades Generales:

- *"El producto a implementar debe tener integración con el sistema utilizado por Osinergmin para la Gestión de Talento Humano (SuccessFactors).*
- *El sistema debe permitir de manera nativa utilizar Single Sign-On con el sistema de Gestión de Talento Humano a implementar y el sistema de Back-Office de Osinergmin de manera que se pueda eliminar la necesidad de múltiples contraseñas y ID's de usuarios, disminuyendo el riesgo de datos de acceso inseguros.*
- *Debido a que Osinergmin ya cuenta con una plataforma web que es utilizada por sus colaboradores para realizar funcionalidades del Back-Office, la solución deberá poder utilizar dichos usuarios para su autenticación y operación para los autoservicios para los Gerentes, Jefes o Colaboradores que manejará el producto a implementar."*

Estos puntos indicados anteriormente, no han sido presentados ni se evidencia el cumplimiento de lo establecido en las bases. En tal sentido se requiere que como parte del primer entregable se cumpla con la instalación integral del software en los servidores de Osinergmin, según lo establecido en el citado Anexo I, respecto a las Funcionalidades Generales (página 39 de las bases integradas).

4. Con respecto a las propuestas alcanzadas por el contratista (Alternativas de solución a la comunicación en forma nativa con el Single Sign-On de SAP), se revisaron los anexos que incluían las propuestas a muy alto nivel, llegando a la conclusión de que no están de acuerdo a lo solicitado en bases, porque se evidencia que el sistema de por sí no permite la integración nativa con nuestro sistema de BackOffice; tal como lo señalara el especialista técnico por parte del contratista, en la reunión llevada a cabo el 20/11/2017. Cabe precisar que el especialista técnico anteriormente mencionado, indicó que lo nativo se puede dar en dos casos: es un producto del mismo fabricante del BackOffice o certificado por dicho fabricante del BackOffice, y la solución planteada por el contratista no cumple ninguno de los dos casos señalados.
5. Por otro lado, es necesario precisar que cualquier reunión o acuerdo entre Osinergmin y el contratista debe ser reflejado a través de actas de reunión, debidamente firmadas por todos los participantes. Las ayudas memoria incluidas en los anexos de la carta enviada por el contratista, por sí solas no tienen validez al ser documentos de trabajo internos del contratista, además que no forman parte de los entregables establecidos en bases. En este sentido, dichas ayudas memoria no se consideran como documentos válidos, toda vez que no están de acuerdo a la realidad de los hechos, dado que se incluyen afirmaciones y acuerdos presentados de forma unilateral por parte del contratista, los cuales no han sido revisados ni validados en ningún momento por Osinergmin.

6. En referencia a la carta enviada el día 21/11/2017 por el contratista en donde manifiestan: "...que aún nos mantenemos en espera de respuesta a nuestra comunicación que fuera recepcionada por su Organismo el 03 de Noviembre de 2017, donde les solicitamos nos brinden información con el fin de concretar Kick Off de la Agenda de Trabajo y satisfacer sus expectativas en cuanto a primer entregable", debemos indicar que lo señalado fue contestado el 07/11/2017 mediante oficio Nro. GSTI-105-2017/OS-OS el día 07/11/2017 dando respuesta a la solicitud de información que manifiestan en esta carta y oficio Nro. GSTI-106-2017/OS-OS el día 14/11/2017 haciendo observaciones al primer entregable.

OBSERVACIONES A 2DO. ENTREGABLE

Con respecto a las Bases Integradas del Concurso Público Nro. 22-2017-OSINERGMIN, se solicita que el segundo entregable contenga lo siguiente:

- Detalle del avance del proyecto de acuerdo al plan
- Acta de datos a ser migrados de acuerdo a cada módulo a implementar
- Acta de identificación de interfaces a ser construidas o configuradas
- Acta de identificación de personalizaciones y configuraciones a realizar

Luego de haber revisado los entregables enviados por el contratista mediante carta enviada el 22/11/2017, tenemos las siguientes observaciones:

1. Detalle del avance del proyecto de acuerdo al plan.
 - No existe documento de avance del proyecto de acuerdo al plan. No es conforme.
2. Acta de datos a ser migrados de acuerdo a cada módulo a implementar.
 - No ha sido coordinado ni consensuado con Osinergmin la información a ser migrada. No es conforme.
3. Acta de identificación de interfaces a ser construidas o configuradas.
 - No ha sido coordinado ni consensuado con Osinergmin la identificación de interfaces. No es conforme.
4. Acta de identificación de personalizaciones y configuraciones a realizar.
 - Se presenta una copia de las bases y no una propuesta consensuada con Osinergmin. No es conforme.

En este sentido, por medio del presente requerimos que, en cumplimiento con sus obligaciones contractuales, subsane todas las observaciones especificadas en el presente documento, en un plazo máximo de tres (3) días calendarios, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

- 1.4. Tal como puede apreciarse del contenido de la carta, ésta enumera los supuestos incumplimientos por parte del Contratista, los mismos que son base del apercibimiento de resolución contractual; resolución que posteriormente es detonada mediante la Carta Notarial N° 154040 de fecha 11.12.17.

- 1.5. Es preciso entonces determinar si efectivamente el Contratista cumplió o no con levantar las observaciones objeto de requerimiento por OSINERGMIN, o si (de la defensa desarrollada en el proceso) puede concluirse que las observaciones no resultan validas o exigibles al Contratista. En función a ello, y en caso corresponda, deberemos analizar el petitorio contenido en esta primera pretensión principal para verificar qué figura jurídica es invocada.
- 1.6. En todo caso, hasta este punto podemos concluir al menos que, este tipo de resolución contractual es una “por apercibimiento” y que OSINERGMIN cumplió con la formalidad exigida en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; puntualmente el Artículo 136, que señala:

“Artículo 136. Procedimiento de resolución de Contrato.

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. (...)

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato (...).”

Sobre las obligaciones que eran materia de observación por OSINERGMIN

- 1.7. Como primer punto debemos indicar que, siendo el núcleo del presente punto controvertido, uno relacionado con el cumplimiento de obligaciones, debemos partir por verificar lo que establece el contrato suscrito por las partes. Al respecto, y tal como lo dispone también el Art. 116 del Reglamento de la Ley, en la Cláusula Sexta se señala:

“Cláusula Sexta: Partes Integrantes del Contrato

El presente contrato está conformado por las bases integradas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Asimismo, si bien el Contrato no posee una cláusula que señale las obligaciones de las partes, en diversas cláusulas se hace referencia a las Bases del proceso, cláusulas primera, segunda, cuarta, entre otras.

- 1.8. En ese sentido, no obstante las obligaciones de las partes son desarrolladas en diversas partes de las Bases, toda vez que el apercibimiento realizado por OSINERGMIN al Contratista, incidía en observaciones realizadas a los entregables presentados por éste, debemos partir por recordar lo que establece las bases, como contenido para dichos entregables. En ese sentido, en las Bases, en la Pág. 35 (Núm. 17 del Cap. III), se aprecia:

17. ENTREGABLES

Considerando que el servicio se realizará en dos etapas. Los entregables de la etapa de Implementación se realizarán de acuerdo al siguiente detalle:

Implementación	
Entregables	Entregables
Primer entregable	Acta de Inicio de Proyecto Plan detallado del proyecto Kick Off Entrega de Licencias de Uso Instalación del Software en servidores del Osinergmin
Segundo entregable	Detalle del avance del proyecto de acuerdo al plan Acta de datos a ser migrados de acuerdo a cada módulo a implementar Acta de identificación de interfaces a ser construidas o configuradas Acta de Identificación de personalizaciones y configuraciones a realizar

- 1.9. Conforme se desprende del numeral 1.3 del presente desarrollo, OSINERGMIN requiere al Contratista que levante **6 observaciones** del primer entregable y **4 observaciones** del segundo entregable, las cuales se desagregan en los siguientes puntos:

Primer Entregable

- 1a. Relacionado con la Metodología de la Elaboración de Proyectos
- 2a. Sobre la Entrega de Licencias de Uso
- 3a. Sobre Instalación de Software en los Servidores de Osinergmin
- 4a. Sobre la alternativa de solución a la comunicación en forma nativa con el Single Sign - On de SAP)
- 5a. Sobre temas de forma de las ayudas memoria anexadas.

6a. Sobre un requerimiento de respuesta a la Carta del 21.11.2017

Segundo Entregable

- 1b. No existe documento de avance del proyecto de acuerdo al plan
- 2b. No ha sido consensuada la información a ser migrada
- 3b. No ha sido consensuada la identificación de interfaces.
- 4b. No se presenta una propuesta consensuada de identificación de personalizaciones y configuraciones.

1.10. Al respecto, revisando los aspectos que son reclamados como objeto de incumplimiento de parte de OSINERGIMN, este Tribunal considera necesario indicar lo siguiente:

- 1.10.1. Respecto del Acta de Inicio del Proyecto resulta equivocado observar la ausencia de validación de los firmantes, pues se entiende la ausencia de firma de Osinergmin justamente obedece a la falta de subsanación del entregable 1 en su totalidad. Dicho primer punto del numeral 1 carecería de sustento, pues su núcleo radica en otra observación como tal.
- 1.10.2. La reunión de KickOff es una que depende de la validación del Acta de Inicio de Proyecto, siendo una consecuencia de lo indicado en el punto previo. Este punto carecería de sustento pues su núcleo radica en otra observación como tal.
- 1.10.3. La indicación al rol de "Gerente de Proyecto" por "Gestor de Proyecto" resulta un error material que puede ser subsanado según corresponda en el texto del informe. De igual modo, este colegiado entiende que el Plan de Dirección del Proyecto, y el Registro de Interesados resultan observaciones referidas a la utilización correcta de formatos que representan errores de omisión (referentes a la forma) y que son pasibles de subsanación. Esta observación si bien resulta una válida, es una que obedece a un aspecto de forma que no ha sido debatido por las partes.
- 1.10.4. Sobre las licencias de uso, este colegiado advierte que **el núcleo de dicha observación radica en el requerimiento de que el sistema debe permitir de manera nativa utilizar Single Sign-On con el Sistema de Gestión de Talento Humano a implementar, y el Sistema de**

Back/Office, esta solución (según señala Osinergmin) debe poder utilizar los usuarios ya existentes que funcionan en la plataforma web actual (y que requieren utilizar funcionalidades del Back Office).

Este punto SI ha sido debatido en el caso y representa uno de los núcleos principales de la controversia. **dddd**

- 1.10.5. Asimismo, de acuerdo con la línea detallada en el numeral precedente, Osinergmin reclama que **las propuestas alcanzadas** por el Contratista, referidas a las alternativas de solución a la comunicación en forma nativa con el Single Sign-On de SAP, **no permiten la integración nativa con el sistema de Back Office.**

Este punto SI ha sido debatido en el caso y representa uno de los núcleos principales de la controversia. **Este aspecto será analizado por el Tribunal en las líneas siguientes.**

En este punto, este Tribunal conviene en advertir que en el mismo oficio, OSINERGMIN indica que el especialista técnico indicó que lo "nativo" solo se puede dar en dos casos: i) Un producto del mismo fabricante del BackOffice; o ii) Un producto del mismo fabricante del BackOffice.

- 1.10.6. Por último, las observaciones realizadas al Segundo Entregable son una consecuencia de lo observado en el primer entregable; es decir, que ninguno de los puntos referidos a la migración de datos, identificación de interfaces, avances del plan (que no ha sido aprobado aún), etc. no pueden ser declarados conformes en el Segundo Entregable porque no se ha aprobado el Primero.

- 1.11. En ese sentido, nos centraremos en el punto que han debatido las partes durante el proceso, referido al núcleo del primer informe (que repercute en el Segundo), referido a que **el sistema debe permitir de manera nativa utilizar Single Sign-On con el Sistema de Gestión de Talento Humano a implementar, y el Sistema de Back/Office; o dicho de otro modo también, que las propuestas alcanzadas** por el Contratista, referidas a las alternativas de solución a la comunicación en forma nativa con el Single Sign-On de SAP, **no permiten la integración nativa con el sistema de Back Office.**

Entendemos también que de este punto deriva el requerimiento de una prueba de funcionamiento del Success Factor, ya que la instalación del aplicativo también tiene como premisa la comunicación con el Single Sign – On de SAP y la integración (nativa) con el sistema.

1.12. Entrando entonces al núcleo de este punto central, encontramos que el contenido de las bases señala lo siguiente, en las siguientes partes:

Núm. 7. Pág. 23 de las Bases

7. RESPONSABILIDADES

Responsabilidades del Contratista: (...)

h) Entregar, instalar, probar y poner en funcionamiento el software, sus elementos y módulos en el/los Sitio/s de Instalación.

Núm. 16. Pág. 29 (y siguientes) de las Bases

16. ALCANCES DEL SERVICIO

16.1. DEL ALCANCE GENERAL

El alcance del servicio comprende los siguientes conceptos:

- 1. Implementación, capacitación y mejora continua de la solución de Recursos Humanos, así como la capacitación a usuarios claves y usuarios finales y el soporte presencial post salida a producción.*
- 2. Adquisición de licencias de software, y mantenimiento del mismo para la operación de la solución de Recursos Humanos, de acuerdo a los requerimientos de Osinergmin. El tiempo de vigencia del mantenimiento deberá cubrir hasta los 12 meses posteriores a la salida a producción.*

Para cumplir con el objetivo antes descrito, EL CONTRATISTA deberá proveer una solución que cubra como mínimo los requerimientos funcionales detallados en el ANEXO I y brindar los servicios descritos en la sección "16.5 De los servicios de implementación".

16.2. DE LOS PROCESOS DENTRO DEL ALCANCE.

Los procesos dentro del alcance a considerar para este procedimiento de selección son aquellos asociados a la Gerencia de Recursos Humanos (GRH).

Para la GRH de Osinergmin se identificaron tres (3) procesos:

- 1. Administración de Personal*
- 2. Remuneraciones*
- 3. Control de Asistencia, Vacaciones, Compensaciones*

16.3. DE LOS REQUISITOS FUNCIONALES.

EL CONTRATISTA deberá implementar los requerimientos funcionales que se encuentran descritos en el Anexo I – Requisitos funcionales. Estos requerimientos se encuentran asociados a los macro procesos presentados en la sección "16.2 De los procesos dentro del alcance" y reflejan las necesidades de Osinergmin (...).

Además, la solución propuesta deberá cumplir con lo siguiente:

- Todas las opciones, pantallas, reportes y manuales deben estar en español, a excepción de documentación técnica que sea distribuida en inglés y no tenga opción de traducción.
- Ser aplicable a las normas establecidas para el sector público para cada proceso establecido.
- Poseer autonomía de uso.
- Poseer flexibilidad.
- Ser parametrizable, mínima necesidad de cambiar código fuente.
- Ser modular e integrado nativamente entre módulos, pero con autonomía de funcionamiento, por errores que se presenten en alguno de ellos.
- Ser multiusuario.
- Poseer jerarquía de usuarios de acuerdo a las funciones que cada usuario está permitido a realizar.
- Poseer un conjunto de reportes por módulo.
- Poseer mecanismos de confidencialidad, según jerarquía y perfil del usuario.
- Permitir la importación y exportación de data.
- Poseer mecanismos de seguridad que garanticen la confidencialidad de la información.
- Se deberá generar archivos para exportar a los sistemas internos o externos identificados (txt, csv,xls)
- Se deberá integrar al sistema SuccessFactors de acuerdo al Anexo IV (de manera referencial).

16.4. SOPORTE

Si el soporte es por un error causado por algún defecto de las herramientas implementadas, ya sea por una configuración incompleta o defecto del software, el soporte a la herramienta es de costo cero.

- **Niveles de acuerdo de servicio**

Comprende las tareas de análisis de terminaciones anormales y cancelación de procesos, errores de programas y problemas producidos por errores de datos.
(...)

16.5. DE LOS SERVICIOS DE IMPLEMENTACION

Los servicios de implementación comprenden:

- Parametrización técnica y funcional
- Capacitación a usuarios claves y finales.
- Ejecución de pruebas
- Migración de datos
- Puesta en Producción
- Soporte presencial post salida en producción
- Mejora Continua

A continuación, se detallan estos servicios:

16.5.1 Parametrización técnica y funcional

EL CONTRATISTA deberá implementar y documentar los mecanismos que aseguren la configuración adecuada de los módulos funcionales y operativos de la solución y que se encuentran definidos en el alcance del proyecto de implementación. De manera referencial se indican los siguientes:
(...)

16.5.2. Capacitación a usuarios claves

EL CONTRATISTA deberá incluir en su propuesta, la estrategia, metodología, herramientas de capacitación que aseguren un buen nivel de conocimiento teórico y práctico por parte de los usuarios antes de la fecha de salida a producción. La capacitación y entrenamiento se realizará al inicio, durante y al final del proyecto y estará a cargo DEL CONTRATISTA. Se deberá entregar manuales de las herramientas implementadas.

La capacitación se realizará a los miembros del equipo de proyecto (usuarios clave) y usuarios finales designados por Osinergmin. Los gastos por el traslado de tales personas (movilidad local, viáticos y pasajes en el caso que corresponda) para dicho fin serán asumidos por EL CONTRATISTA.

16.5.3. Ejecución de pruebas

EL CONTRATISTA desarrollará el plan de pruebas que deberá cubrir las siguientes fases:

- Planificar lo que será probado
- Preparar las pruebas.
- Ejecutar las pruebas
- Reporte de resultados.

EL CONTRATISTA desarrollará una serie de pruebas, detalladas en el enfoque de las pruebas, para confirmar que los procesos del negocio configurados obedecen a lo requerido por Osinergmin y que la configuración, interfaces y sistemas integrados a esta solución están preparados para entrar a la fase de producción. Asimismo, Osinergmin ejecutará pruebas de aceptación una vez finalizada la etapa de pruebas realizadas por EL CONTRATISTA con la finalidad de dar conformidad sobre la solución implementada.

Se deberá identificar los casos de prueba y escenarios a desarrollar para aplicar los métodos de prueba, clasificando y especificando los niveles de severidad de los problemas encontrados durante las pruebas.

16.5.4. Migración de datos

EL CONTRATISTA deberá asistir al equipo designado de Osinergmin en la formulación del plan correspondiente para el análisis y migración de datos. Asimismo, deberá asistir en la definición de las actividades, tiempos y recursos estimados para cumplir, como mínimo, con los siguientes puntos:

- El análisis de la información almacenada en las bases de datos de las aplicaciones actuales.
- La identificación y ejecución de acciones de calidad y limpieza de la misma.
- La identificación de la brecha con la información necesaria por la solución a implementar.
- La ejecución de las actividades de migración y revisión de la calidad de la data trasladada a las bases de datos de la solución implementada.

16.5.5. Puesta en producción

EL CONTRATISTA debe preparar el plan de transición para el proyecto de implementación de la solución implementada, tanto dentro de los procesos de negocios afectados en la etapa de implementación como de aquellos que resulten afectados de manera indirecta por el proyecto.

16.5.6. Soporte presencial de la salida a producción

Considerando la dimensión de los requerimientos de Osinergmin y la criticidad de los procesos soportados por la solución a implementar, es necesario considerar un periodo de soporte técnico y funcional con personal especializado en las oficinas de Lima de Osinergmin para el inicio de operaciones.

Durante este periodo, el equipo del proyecto de implementación del CONTRATISTA acompañará a los usuarios finales de Osinergmin en el ingreso de información, la creación de reportes, la parametrización de campos, así como cualquier otra actividad relacionada a la operación de la solución. Este periodo de soporte presencial será de sesenta (60) días calendario posterior a la salida a producción, este soporte será para el pago de planilla (todos los tipos) como también el acompañamiento del flujo completo de la ejecución de planilla.

1.13. Como puede apreciarse hasta este punto, este colegiado advierte que en ningún punto de las Bases se ha especificado detalle alguno que obligue al Contratista que la solución permita de manera nativa utilizar Single Sign-On con el Sistema de Gestión de Talento Humano a implementar, y el Sistema de Back/Office.

1.14. Sin embargo, en diversas partes de los puntos hasta ahora citados, se hace referencia al Anexo 01 de las Bases, referido a Funcionalidades, en donde se puede apreciar que **efectivamente** la Entidad requirió dicha especificación:

Anexo 01 Pág. 39 (y siguientes) de las Bases

ANEXO I

FUNCIONALIDADES

• Generales

- El producto a implementar debe tener integración con el sistema utilizado por Osinergmin para la Gestión de Talento Humano (SuccessFactors).
- El sistema debe permitir de manera nativa utilizar Single Sign-On con el sistema de Gestión de Talento Humano a implementar y el sistema de Back-Office de Osinergmin de manera que se pueda eliminar la necesidad de múltiples contraseñas y IDs de usuarios, disminuyendo el riesgo de datos de acceso inseguros.
- Debido a que Osinergmin ya cuenta con una plataforma web que es utilizada por sus colaboradores para realizar funcionalidades del Back- Office, la solución deberá poder utilizar dichos usuarios para su autenticación y operación para los autoservicios para los Gerentes, Jefes o Colaboradores que manejará el producto a implementar.

• Administración de personal

- El sistema debe permitir la creación de los empleados con toda su información básica, incluyendo datos de su hoja de vida, capacitaciones, evaluaciones del desempeño, cargo, departamento, salario base, incluyendo el tipo de contrato y el contrato en forma

digital. Considerar que se pueden manejar interfaces de bidireccionales para el registro o actualización de información.

- El sistema debe permitir ingresar la información básica del empleado (Nombres, documento de identidad, dirección, teléfonos, grupo sanguíneo, información del grupo familiar, fotografía, etc.)
- El sistema debe permitir la actualización de la información básica del empleado.
- El sistema debe llevar el registro dentro de la hoja de vida del empleado de todas sus novedades (incapacidades, licencias, suspensiones, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales), incluyendo las observaciones a la hoja de vida.
- El sistema debe llevar el registro de los antecedentes disciplinarios por cada empleado.
- El sistema debe permitir la inactivación de empleados cuando estos se retiren de la compañía, conservando su información histórica.
- El sistema debe generar indicadores de rotación de personal.
- En caso de traslados entre dependencias, el sistema debe tomar el histórico total para efectos de liquidaciones.
- El sistema debe llevar el histórico de los cargos y salarios de cada uno de los funcionarios.
- El sistema debe contar con un generador de reportes a nivel de usuario final que permita generar fácilmente reportes partiendo de la información que se encuentra dentro del sistema.
- El sistema debe manejar la creación de cargos, departamentos y permitir asociarlos a los empleados.
- El sistema debe permitir registrar observaciones a la hoja de vida de los empleados. Ejemplo: llamado de atención, acción disciplinaria, actas de descargo, suspensión y fecha de suspensión.
- El sistema debe permitir la generación de: documentos remunerativos con firma digital (boletas, certificados de cuarta y quinta categoría, certificado de retención del SPP, constancias de depósito CTS).
- El sistema debe permitir escoger la forma de pago de la nómina (cheque, transferencia, etc.) validando que sólo se haga por un concepto.
- El sistema debe permitir la creación y modificación de departamentos.
- El sistema debe permitir la captura y modificación de cargos, mínimo con la siguiente información: nombre del cargo, perfil, área a la que pertenece, áreas de responsabilidad del cargo, responsabilidades, objetivos del área, funciones y procesos, objetivo del cargo, competencias del cargo, áreas de interrelación, rango salarial.
- El sistema debe permitir la creación y modificación de puestos de trabajo.
- El sistema debe permitir el registro y control de necesidades de personal por departamentos.
- El sistema debe permitir el registro y control de trabajadores temporales y de practicantes.
- El sistema debe proveer de indicadores de gestión mensuales, alimentados de las novedades de nómina: índices de rotación de personal, N° de empleados con número de hijos, salarios, etc.
- El sistema debe tener opciones de educación formal o informal.
- El sistema debe proveer la parametrización de la seguridad por: perfiles de usuario.

• **Organización y Funciones**

- El sistema debe permitir gestionar el proceso de actualización del MOF.
- El sistema debe permitir mantener un histórico de la estructura organizacional de forma mensual o cuando el usuario lo requiera.
- El sistema debe permitir la elaboración de reportes para la aprobación del MOF.

• **Control de asistencia, compensación y recuperación de tiempos**

- **Control de Asistencia**

- El sistema debe permitir definir la política que va a tener el Organismo con sus trabajadores, donde se van a definir las tolerancias diarias antes y después de la entrada al centro laboral, las tolerancias diarias antes y después de la salida del centro laboral, si se van a realizar sobre tiempo antes de la entrada o en la salida del centro laboral, la forma cómo van a pagar los sobretiempos.
- El sistema debe permitir la configuración de los sobre tiempos para días no laborales. Configuraciones de los sobre tiempos que el empleado puede generar en un día que no tenga horario asignado.
- El sistema debe tener diferentes tipos de horarios: Horarios normales como Horario Fijo: Horarios donde se definen un rango de hora específico para los días asignados de trabajo. Horario Variable: Horarios donde se definen diferentes rangos de horas para los días asignados de trabajo). Horarios Programables: Horarios que se asignan a los empleados de manera fija por un rango de tiempo específico, los cuales varían según la programación que se les asigne. Horarios Temporales: Horarios que se asignan a los empleados de manera esporádica. Asimismo, el sistema debe guardar el histórico de los horarios asumidos por cada trabajador.
- El sistema debe tener consultas referentes a las marcaciones extraídas de los equipos donde se puedan visualizar las opciones como las tardanzas, las tolerancias, los sobre tiempos, las salidas tempranas, las inconsistencias de los trabajadores.
- El sistema debe tener la opción de visualizar, insertar, editar y eliminar las marcaciones extraídas de los equipos, así como las generadas manualmente, donde dependiendo de su horario y la configuración otorgada se generarán los cálculos respectivos. Así mismo debe contar con filtros para mostrar y delimitar la carga de la información, haciéndolo más personalizado.
- El sistema debe permitir aceptar equipos de lectores de huella dactilar y tarjetas de proximidad, estos equipos deben tener comunicación vía red.
- El sistema debe tener un módulo de comunicación continua (en línea) y en caso se desconecte en batch.
- El sistema debe manejar los estados del empleado para verificar su situación vigente: activo, vacaciones, licencias, suspensiones. Que el sistema cambie automáticamente el estado de los empleados.
- En el sistema se debe poder definir el calendario de días laborales y no laborales.
- El sistema debe de tener Reportes Administrativos donde se deben filtrar por las diferentes opciones (fecha, compañía, área) y se pueden visualizar en forma detallada o resumida en horas o minutos según la configuración que se le dé. Reporte de Asistencia, que mostrará las marcaciones de las personas, visualizando las horas trabajadas y el cálculo de los sobre tiempos generados y tiempos por recuperar.
- Reporte de Inasistencias, donde se muestra los días que los empleados no han asistido a laborar. Reporte de Inconsistencias, donde se muestra los días que las personas han cometido inconsistencias como por ejemplo marcaron su entrada, pero no marcaron su salida, eso trae una inconsistencia al momento de calcular sus horas trabajadas, horario de refrigerio en exceso, trabajo fuera de turno u horario, etc. Reporte de Ingreso, donde se muestra la primera marca del empleado en el día. Reporte de Salida, donde se muestra la última marca del empleado en el día. Reporte de Ingreso/Salida, en el que muestra la primera marca del día y la última marca del día. Reporte de Ingreso/Salida Total, en el que muestra todas las marcaciones que un empleado ha efectuado en el día. Reporte de Eventos, en el que muestra un informe de todos los eventos (Vacaciones, descanso médico, licencia, suspensiones, etc.) en un rango de fecha determinado. Reporte de Tardanza, en el que muestra el retraso de las personas en el ingreso. Reporte de Salidas

Tempranas, en el que muestra las salidas tempranas de los trabajadores del centro laboral. Reporte de tiempos extras, en el que muestra las horas extras que los empleados han generado autorizadas como no autorizadas para su aprobación. El sistema debe de administrar los sobre tiempos, la cantidad de tardanzas, los minutos que ha llegado tarde, las faltas que ha tenido y los minutos de permiso sin justificación que generó. Reporte Total, este reporte nos arma un calendario de acuerdo al rango de fechas que se les dé, en el cual nos muestra el horario por día del trabajador, las horas normales trabajadas por el empleado (dentro del horario), y la cantidad de horas extras adquiridas por el trabajador. Este reporte se debe ver de forma detallada o resumida y en horas o minutos.

- Reporte de horarios. - Muestra un reporte de todos los horarios que la empresa posee y en qué horario se encuentra cada trabajador.
 - Reportes de excepciones. - Las excepciones son condiciones fuera de lo normal como por ejemplo llegar temprano, olvidarse de marcar el ingreso o salida, llegar tarde, trabajar sin programación, etc. Cada una de estas condiciones se pueden utilizar sola o en combinaciones diversas con filtros para generar reportes precisos; así mismo se puede visualizar en forma detallada o resumida.
 - Ejecución del proceso para validar las marcaciones. Esta opción es para modificar resultados que han sido calculados con información errada o no actualizada. Este caso se da cuando se asigna un horario erróneo, una política mal configurada o la configuración inadecuada del software con respecto a los agentes que intervienen en el proceso.
 - Presentación o visualización de los cálculos en minutos u horas con minutos.
 - Prevención de doble marcación. El sistema elimina marcaciones generadas dentro de un rango de tiempo determinado por el usuario. Esto se configura en forma personalizada para que los cálculos a realizar no sean equivocados. Así se tiene que sólo dentro de dicho rango se toma la primera marcación como válida, las siguientes pasan a formar parte de un almacén de marcaciones no válidas.
 - Recolección de marcaciones en bolsa. Esta nos va a ordenar las marcas recolectadas por fecha, de esta manera se tiene un control de las marcas que se han recolectado.
 - Permite la opción de actualizar el ingreso y la salida de un grupo de personas a una misma hora por lote (batch), evitando hacerlo uno por uno.
 - Recuperador y respaldo de marcaciones no reconocidas. En caso no se ingrese a la persona en la base de datos y no se tenga data con que relacionar, las marcaciones generadas desde el equipo no se pierden sino se guardan en un archivo y en una tabla hasta que se decida recuperarlas hacia la base de datos para alguna persona.
 - Recuperador y respaldo de marcaciones reconocidas. El sistema almacena la información de las marcas dadas como válidas en un archivo y en una tabla para en caso de depurar o alterar se tenga la opción de recuperar todo nuevamente como si se extrajera del recolector.
 - Manejo de imágenes. Las imágenes (fotos del personal) se almacenan en una ruta especificada en el archivo de configuración para lograr la visualización del empleado a la hora de registrarlo o cuando se procede a recolectar marcaciones del equipo.
- **Compensación y recuperación de tiempos**
- El sistema debe permitir al empleado el ingreso mediante la intranet.
 - El sistema debe permitir realizar solicitudes de permanencia fuera de horario para programar la permanencia del trabajador en la institución antes de las 08:00 horas y después de las 18:30 horas.

- El sistema debe permitir realizar la aprobación de solicitudes sólo para los jefes de área (o personal que cuente con gente a cargo), es donde verá las solicitudes enviadas por los trabajadores del área para aprobación.
- El sistema debe permitir realizar solicitudes PARA EL DÍA, se tendrá que colocar el día que permanecerá en la institución fuera de la jornada laboral. Después colocará cual fuera el motivo, y si su permanencia es después de la jornada (según horario), o antes de la jornada (según horario).
- El sistema debe tener las opciones de Motivo I (Para Recuperar), quiere decir que el trabajador tiene horas por recuperar, ya sea por excesos de refrigerio, tardanzas, u otras ausencias. Si tiene horas, aparecerá en el contador las horas y automáticamente se bloquearán las dos opciones más, quedando sólo esa opción a elegir. Motivo II (Por Compensar), Si tuviese horas para compensar, por defecto aparecerá y anulará las demás opciones, en esta opción aparecerá en el contador las horas totales que ya tiene acumuladas. Motivo III (Para recuperar ausencia), esta opción sólo es válida para recuperar la ausencia del mismo día, solo se activará, si el trabajador no tiene horas para recuperar y tampoco tiene horas para compensar, en el contador aparecerá el total de horas que podrá recuperar ese día.
- El sistema debe permitir realizar autorizaciones de solicitudes inmediatamente se genere la solicitud, le llegará una notificación al jefe inmediato vía correo electrónico, o también se puede revisar las solicitudes entrando por Intranet.
- Mediante workflow le debe llegar a los jefes la solicitud de autorización y debe de mostrar la pantalla en la intranet, los datos del trabajador que está solicitando, también aparecerán Total de horas a compensar, el record total de horas que el trabajador tiene para compensar. Fecha en que solicita permanencia: el record total de horas que el trabajador tiene para recuperar (por tardanzas, excesos de refrigerios u otras ausencias no justificadas), Fecha de Solicitud: indica la fecha en que se va a trabajar fuera del horario de trabajo, se puede observar también en qué día fue enviada la solicitud.
- El sistema debe tener las posibles respuestas ante la solicitud: Aprobar: esto significa que el jefe está de acuerdo con lo programado por el trabajador, y le permite permanecer fuera del horario de trabajo. Devolver: significa que el jefe está en desacuerdo con algún punto de la solicitud y la devuelve al trabajador para que la modifique, si el jefe inmediato desea poner un comentario podrá usar el recuadro COMENTARIO. Denegar: significa que el jefe no autoriza la solicitud por tanto el trabajador no debería quedarse en la institución fuera de sus horas, podrá poner la razón porque no autoriza en el cuadro de comentarios.
- El sistema debe enviar cualquiera fuera la respuesta de la solicitud al trabajador, una notificación inmediatamente después a su correo electrónico.
- El sistema debe enviar notificación al jefe inmediato de trabajadores laborando fuera del horario de trabajo, a los 10 minutos culminados el horario de trabajo, le llegará al jefe de cada área una notificación sobre las personas que se están permaneciendo fuera del horario de trabajo, autorizadas o no. Para visualizar el listado tiene que hacer "Clic" en el mensaje e ingresar al intranet.
- El sistema debe mostrar a continuación el listado con las personas que se están quedando con o sin autorización, y poder identificar el ESTADO como si tiene autorización o no. Asimismo podrá visualizar quienes ya salieron de la institución.
- El sistema debe enviar notificación al día siguiente de la permanencia le llega una notificación vía correo electrónico al jefe inmediato con un listado de las personas que se quedaron fuera del horario de trabajo, y cuya permanencia no fue autorizada por el jefe, o de las permanencias en que el trabajador no realizó ninguna acción (no envió solicitud). Para visualizar el listado tendrá que hacer "Clic" en un "Link" e ingresar a la intranet en donde se podrá observar

los nombres de las personas con permanencias no autorizadas, así como las personas que no realizaron acción alguna. La fecha en que se quedaron, así como el sobre tiempo que generaron.

- El jefe inmediato tendrá para cada trabajador: las opciones de Aprobar: El jefe aprueba la permanencia fuera del horario del trabajo del trabajador, puede aprobar una solicitud negada. Sanción: En el caso de que el jefe negó la solicitud de permanencia, pero aun así el trabajador permaneció, y el jefe no está de acuerdo nuevamente con la permanencia, podrá que sancionar a la persona. OBSERVACIONES, se verá el motivo del estado de permanencia, si no fue autorizada o no solicito la permanencia, así como aparecerá el acumulado de las horas pendientes de compensar.
- El sistema debe permitir si el trabajador tiene horas por compensar, al trabajador le llegará a su correo electrónico una notificación y haciendo "Clic" en un "Link" ingresará a la intranet para programar la compensación de horas, en la cual aparecerá una pantalla en la que se mostrará todo el tiempo a compensar, por día y saldrá el total de horas a compensar, y ver el detalle de cada sobre tiempo.
- El sistema debe permitir visualizar como el trabajador puede programar las horas por compensar por días, y cuanto tiempo quiere tomar por día para compensar, el resumen de lo compensado aparece en la parte inferior de la pantalla, para guardar y programar la compensación.
- El sistema debe enviar a las 14:30 horas una notificación vía correo electrónico al jefe de área para la autorización de la programación. Para observar la programación de horas a compensar se tiene que hacer "Clic" en un "Link" y entrar al módulo y visualizar el detalle de programación pendiente, cada programación pendiente de aprobación, en la cual se observará, datos del trabajador, así como la hora en que se realizó la solicitud, la fecha y duración de la compensación, en esa pantalla el jefe puede autorizar inmediatamente o en caso contrario podrá reprogramar la compensación del trabajador inmediatamente después de la aprobación o modificación de la programación le llegará una notificación vía correo electrónico al trabajador con la respuesta a su programación de horas.
- El sistema debe generar un reporte de tiempos extras trabajados, indicando los tiempos excedidos por la ley.
- El sistema debe generar reportes de compensación de horas, programación y recuperación de forma diaria por los usuarios funcionales. Asimismo, cada jefe inmediato puede ingresar con su usuario y generar dichos reportes de su gente a cargo, y cada trabajador puede generar su propio reporte.

• **Remuneraciones**

- El sistema debe permitir manejar nóminas diferentes: Jubilados, Empleados (CAP y CAS), practicantes, temporales, dietistas, según requerimientos de ley.
- El sistema debe permitir manejar diferentes tipos de nómina, con diferente periodicidad: jornada, horas, quincenas, meses, por labor contratada, entre otros. Asimismo, dos planillas preliminares (para el pago) y final (para las declaraciones de AFP y quinta categoría).
- El sistema debe permitir de manera nativa el cálculo retroactivo de los diferentes tipos de nómina. Este cálculo retroactivo debe estar integrado al proceso de contabilización de cada tipo de nómina.
- El sistema debe generar archivos planos para los bancos automáticamente. Esto aplica para cualquier tipo de pago o liquidación.
- El sistema debe permitir la parametrización de la totalidad de los conceptos de planilla por parte del usuario, facilitando a asignación de perfiles como devengo o descuento, base de cálculo, rango de pago.
- El sistema debe permitir el manejo de novedades mediante una pre-liquidación.

- El sistema debe permitir que la pre-liquidación se pueda generar por: centros de costo, por empleado.
- El sistema debe permitir que cualquier liquidación al retiro se efectúe en otro periodo.
- El sistema debe permitir la generación anticipada de la liquidación de un empleado en caso de retiro. Ejemplo: una persona se retira el 30 de enero, que se permita en cualquier día posterior liquidar la persona.
- En el caso de reintegro de una persona, que conserve el histórico de pagos al empleado, pero que se pueda iniciar un nuevo contrato, con acumulados en cero. Los certificados de ingresos y retenciones deben realizarse por cada contrato.
- El sistema debe permitir efectuar cambios masivos de novedades de nómina, tales como incrementos de salario (salario mínimo) u otras variables de afectación general, estos cambios deben manejar una clave de acceso.
- El sistema debe permitir aplicar novedades masivas, permitiendo excluir los empleados a los que no se aplica la novedad.
- El sistema debe calcular las autoliquidaciones para las entidades de seguridad social, incluyendo sus respectivas novedades.
- El sistema debe generar los medios magnéticos de las autoliquidaciones.
- El sistema debe permitir la corrección y generación de aquellas autoliquidaciones que han sido generadas con información errada.
- El sistema debe permitir generar reportes de novedades registradas por conceptos, por centros de costos. Estos se deben poder generar para el periodo actual o periodos históricos.
- El sistema debe permitir generar reportes de nóminas actuales o de periodos anteriores en cualquier momento.
- El sistema debe permitir la generación automática de la pre-nómina cuantas veces se requiera.
- El sistema debe permitir la importación y exportación de información de nómina a una hoja de cálculo
- El sistema debe permitir la carga de información histórica de nómina de los empleados.
- El sistema debe permitir asignar en forma individual conceptos de descuentos fijos, pudiendo aplicarlos en la primera o segunda quincena o en ambas y en diferentes valores en la una y en la otra.
- Para todo tipo de liquidación de nómina excepto para liquidación definitiva, el sistema debe controlar que las deducciones aplicadas a un empleado NO superen el 50% de lo devengado, teniendo en cuenta que las deducciones de ley se deben aplicar primero (créditos preferenciales).
- La liquidación de la nómina debe alimentar los módulos contables y financieros en forma integrada.
- El sistema debe generar automáticamente las boletas de pago y permitir la firma digital del representante de recursos humanos.
- La boleta de pago se debe poder imprimir para soporte.
- La boleta de pago se debe poder enviar vía mail a solicitud de parte y como carácter informativo.
- El sistema debe permitir la generación de las prestaciones sociales consolidadas en cualquier periodo del año con respecto a la historia, basándose en los salarios pasados.
- El sistema de nómina debe permitir la acumulación de los conceptos pagados, por empleado, por concepto, por centros de costos.
- El sistema debe generar para cualquier liquidación reportes de soporte que generaron esa liquidación, teniendo en cuenta los tipos de salario (fijo o variable). Reportes por pantalla o impresos.
- El sistema debe validar de acuerdo a la ley, para efectos de salarios promedios, que tipo de salario básico se debe tomar para la liquidación.
- El sistema debe generar automáticamente las provisiones como Gratificaciones, CTS y Vacaciones para ser enviado al sistema contable.

- El sistema debe generar alertas avisando sobre cualquier tipo de novedad que presente un vencimiento.
- El sistema debe generar consultas mostrando pagos parciales y definitivos de cesantías, por centro de costo, y consolidado.
- El sistema debe llevar el histórico de las entidades de fondos de pensiones, cesantías y ESSALUD donde han estado cotizando los empleados, con tiempos de permanencia.
- El sistema debe permitir el registro de las incapacidades y el pago de las mismas de acuerdo con parámetros flexibles según ESSALUD, previa autorización por empleado y compañía, teniendo en cuenta los requerimientos de Ley. Ejemplo: incapacidad por embarazo, prorrogas, etc.
- El sistema debe generar en forma automática un reporte de personal sin devengados (licencias no remuneradas) durante un período específico.
- El sistema debe permitir el manejo de ingresos y retiros de personal como novedades de nómina
- El sistema no debe permitir cambios en la nómina luego del cierre por cualquier usuario, lo podrá realizar el personal que tenga los permisos para ejecutarlo.
- El sistema debe permitir la consolidación de pagos a terceros por descuentos legales, judiciales y voluntarios y generar la causación automática. Ejemplo: embargos a sueldos.
- El sistema debe permitir la carga de archivos (txt o excel) para el registro de los viáticos como comisión de servicios.
- El sistema debe permitir la liquidación definitiva de prestaciones sociales.
- El sistema debe permitir el cálculo y generación de pagos de primas legales y extra legales. El sistema debe proveer de tablas básicas para la parametrización de los pagos otorgados a los empleados.
- El sistema debe realizar el cálculo de la retención en la fuente teniendo en cuenta la legislación vigente.
- Debe permitir la generación de procesos de simulación para todas las prestaciones sociales incluyendo la liquidación de la planilla de pagos.
- El sistema debe generar la planilla unificada para el reporte correspondiente.
- El sistema debe permitir la liquidación definitiva de prestaciones sociales para el retiro del empleado.
- El sistema debe contar con la posibilidad de manejar los encargos que se realicen por concepto de comisión a otros funcionarios de tal forma que pueda pagarles con el salario y las funciones de la persona a la que reemplaza de forma temporal. De manera automática, ingresando los plazos de reemplazos deben gestionarse a la fecha de finalización.
- El sistema de RRHH debe alimentar el sistema de nómina con los porcentajes de aumento salarial para cada empleado de acuerdo al esquema de compensación.
- El sistema debe permitir llevar un reporte de pagos concedidos por persona, por área; discriminando el tipo de pago el monto.
- El sistema debe permitir la generación de plantillas para documentos estándar tales como: Tipos de contrato, certificaciones laborales de acuerdo a ciertos requerimientos (certificaciones para cajas de compensación, otros entes).
- Debe generar la planilla electrónica que se envía a la SUNAT, según las estructuras establecidas por la entidad.
- Debe generar los reportes para el registro de información en el T-registro y en los sistemas del MEF (AIRHSP y MCPP).
- El sistema debe permitir la integración para la contabilización directa de los diferentes procesos de nómina requeridos. Así mismo debe soportar la actualización de equivalencias entre los conceptos de planilla y las cuentas contables del área de finanzas.
- El sistema debe permitir la integración de la gestión de préstamos en la planilla con la información contable de las cuentas por cobrar al personal, de manera que estos datos se encuentren conciliados.

- **Vacaciones**

- El sistema debe permitir liquidar vacaciones a empleados incluyendo uno o varios periodos.
- El sistema debe tener filtros que no permitan registrar vacaciones si la persona se encuentra de licencia, descanso médico, capacitación, etc. y viceversa.
- El sistema debe controlar los días pendientes de vacaciones en caso de suspensión de las mismas. Por ejemplo, cuando el período de vacaciones se suspende por incapacidad.
- El sistema debe guardar y se debe poder generar el histórico de vacaciones por empleado, de acuerdo a la ley, incluyendo vacaciones pendientes.
- Todos los trabajadores de planilla de la institución deberán tener acceso a dicho módulo.
- Dentro del módulo de Vacaciones deberá tener las opciones de Solicitud de: uso de descanso vacacional, reprogramación de descanso vacacional, interrupción del descanso vacacional, y compensación económica de vacaciones.
- Dicho módulo deberá tener las validaciones acordes a la normatividad laboral, y lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo y el Procedimiento de Descanso Vacacional, respecto a los plazos para solicitud, días mínimos de solicitud de uso, compensación económica, etc.
- Deberá tener el seguimiento de las diferentes solicitudes registradas y sus acciones realizadas, para esto se deberá contar con niveles de aprobación por Gerencia/Oficina u otras que se especifique.
- El sistema deberá generar reportes de control de movimiento de las solicitudes, para hacer el seguimiento respectivo.
- Deberá tener en cuenta la actualización debido a las encargaturas de las Jefaturas y Gerencias.
- Deberá de tener módulos de configuraciones de envío de notificaciones, alertas, programación de horas de envío.
- El módulo de notificaciones del sistema deberá trabajar de la siguiente forma:
 - a) Una vez hecha una solicitud por alguno de los trabajadores, el sistema deberá notificar al Analista de Remuneraciones (AR), para dar el visto bueno (VB) de que la solicitud está de acuerdo a lo establecido.
 - b) Luego del Visto del AR, el sistema derivará una notificación al Jefe inmediato del trabajador para su aprobación.
 - c) Seguidamente se derivará una notificación al Gerente de Área/Oficina para su respectiva aprobación.
 - d) Si la Solicitud es por compensación económica de descanso vacacional, inmediatamente será derivado a la Gerencia General para su aprobación.
 - e) Luego del Visto bueno de la Gerencia de Recursos Humanos, se derivará la Gerencia de Administración y Finanzas (GAF) para su autorización de pago.
 - f) Una vez autorizado el pago de parte de la GAF, se derivará una notificación a la Jefatura de Finanzas para la programación del pago.
 - g) El Sistema deberá hacer los cálculos de los adelantos de Remuneración vacacional, tomando la información necesaria del módulo de remuneraciones.

- **Autoservicio del Gerente o Jefe**

- Vista orgánica, permitir consultar información de sus colaboradores a través del organigrama de su compañía. Donde puede visualizar el jefe de unidad el legajo electrónico de sus colaboradores. Se tendrá que habilitar filtros sobre los campos a ser mostrados.
- Renovaciones, puede gestionar la renovación de contratos de sus colaboradores.
- Transferencias, puede gestionar los movimientos por cambio de unidad, puesto, sede, centro de costo y tipo de trabajador.

- *Gestión de vacaciones - Programación, puede gestionar las programaciones de vacaciones de sus colaboradores. En una sola vista puede ver la información de saldos de los días vencidos, pendientes y trancos.*
- *Gestión de vacaciones - Record vacacional, puede consultar información vacacional en forma resumida y detallada a través de los periodos vacacionales de cada uno de sus colaboradores*
- *Gestión de vacaciones - Indicadores para medir las provisiones en dinero y días de las vacaciones por unidad.*
- *Saldos de compensación y recuperación de tiempos.*
- *Marcaciones reales.*
- **Autoservicio del colaborador**
 - *Datos personales, permitir habilitar un conjunto de funcionalidades que permiten gestionar los Datos Personales del colaborador, como registrar o actualizar sus direcciones, adicionalmente puede consultar su información personal, registrar y modificar los datos de familiares.*
 - *Gestión de tiempos del colaborador, puede solicitar permisos, así como justificar ausencias y tardanzas. Puedes solicitar las horas extras, solicitar vacaciones y tener la vista de resumen vacacional. Se puede habilitar que pueda visualizar en forma mensual los registros de marcas realizadas y sus estados de ellas como ausencias, tardanzas, presencias.*
 - *Beneficios salariales, aquí puede el colaborador visualizar los planes de salud a los cuales está afiliado y su boleta de pago de las planillas cerradas en formato PDF.*

1.15. En efecto, se puede apreciar de la especificación del Anexo 01, que OSINERGMIN requiere que el **producto a implementar debe tener integración con el sistema utilizado por Osinergmin para la Gestión de Talento Humano (SuccessFactors)**. Y solicita que "(...) **El sistema debe permitir de manera nativa utilizar Single Sign-On con el sistema de Gestión de Talento Humano a implementar y el sistema de Back-Office de Osinergmin de manera que se pueda eliminar la necesidad de múltiples contraseñas y ID's de usuarios, disminuyendo el riesgo de datos de acceso inseguros.**

1.16. Ahora bien, tal como se señala en el mismo anexo, debido a que Osinergmin ya contaba con una plataforma web utilizada por sus colaboradores para realizar funcionalidades del Back- Office, la solución debía poder utilizar dichos usuarios para su autenticación y operación para los autoservicios para el personal que manejará el producto a implementar.

Sobre si el Contratista cumplió con lo establecido en las Bases

- 1.17. Toda vez que ya hemos advertido que las Bases requerían esta comunicación nativa, el punto siguiente que toca abordar, que fue objeto de debate, radicaba en definir si la solución presentada por la Contratista durante la ejecución, en el Primer Informe, cumplía o no con lo requerido en las Bases.
- 1.18. Aquí resulta importante recordar que las obligaciones del Contratista están definidas como aquellas a las que se compromete con su propuesta técnica y económica (presentadas en el concurso público). Esta Propuesta fue presentada como **PRUEBA** el **23.10.2018**; y siendo que fue la propuesta ganadora del concurso, en los términos en los que fue presentada, este colegiado considera importante señalar que la experiencia demostrada en dicha propuesta es una que acreditaba el cumplimiento de las Bases.
- 1.19. Si bien la Contratista ofrece la comunicación nativa con el Single Sign-On, no se aprecia que ésta esté referida al término **SAP**. **Este término SAP no se encuentra tampoco en NINGUNA parte de las Bases.** Este Tribunal ha revisado a detalles las Bases y sus anexos y no advierte referencia alguna a dicho término, que resulta siendo justamente el tipo (o marca) de sistema que viene siendo utilizado por OSINERGMIN.
- 1.20. Al respecto, de las **PRUEBAS** aportadas por OSINERGMIN el **24.10.2018** este colegiado advierte que, en la indagación de mercado, tanto la empresa OmniaSolution como Rivercom SAC ofrecieron propuestas de la “marca” o “tipo” SAP. Por lo que resulta claro que la comunicación nativa con el Single Sign-On debía ser una que pudiera ser “compatible” o que “admita una comunicación” con el tipo SAP.
- 1.21. Es entonces que, de la **Audiencia de Ilustración de Hechos del 26.10.2018**, de la **Audiencia Técnica de fecha 25.03.2019** y de la **Audiencia de Informes Orales de fecha 04.06.2019**, así como de la totalidad de las pruebas presentadas por las partes, queda claro para este Tribunal Arbitral que:

1. Las Bases del proceso NO requerían la conectividad o comunicación nativa con el sistema SAP.

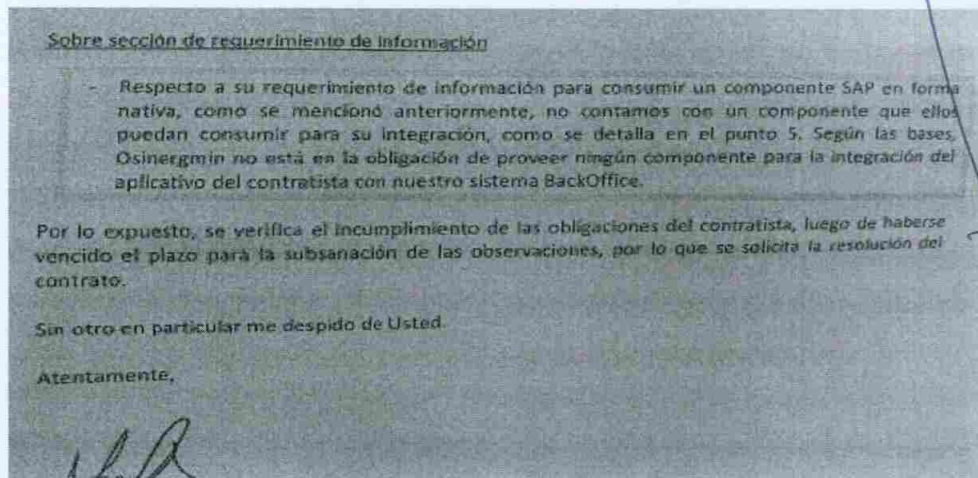
2. La propuesta presentada por el Contratista era una que SÍ cumplía con los requerimientos del Concurso Público.

3. En la ejecución de las prestaciones OSINERGMIN exigió que el sistema entregado permita de manera nativa utilizar Single Sign-On con el sistema de Gestión de Talento Humano a implementar y el sistema Back-Office de la Entidad que era uno de tipo SAP.

3. El sistema presentado por el Contratista utiliza el Single Sign-On que se encuentra en forma nativa en el SAP de la Entidad, pero NO puede realizarse la conectividad de forma satisfactoria en la medida que no posee las credenciales o datos de conexión que se encuentran en poder de OSINERGMIN.

1.22. En ese sentido, sobre si resulta o no exigible que OSINERGMIN brinde estos códigos o credenciales para que la conectividad con el SAP permita la comunicación nativa requerida en las Bases, la Entidad ha manifestado que:

- Carta Notarial de fecha 11.12.17 que contiene el Memorándum GSTI 400/2017 de fecha 07.12.17



- Mediante Escrito de fecha 01.04.19 "Conclusiones Técnicas" presentado en el proceso, OSINERGMIN señala que dicha obligación no se encuentra prevista en las Bases.

- Asimismo, señala que las Bases exigen comunicación nativa y que dicho tipo de comunicación debió ser objeto de consulta, cosa que no sucedió durante el concurso publico

- SAP sí cuenta con servicios o componentes para efectuar integración vía nativa Single Sign On de SAP a otras aplicaciones de terceros.

1.23. Al respecto, este Tribunal considera que, en efecto, no existe una obligación expresa en las Bases de que OSINERGMIN facilite las credenciales o condiciones técnicas que permitan la conectividad nativa con el SAP; como tampoco existe referencia alguna en las Bases con relación a la conectividad SAP por lo que no podía presumirse que una empresa de la marca SAP fuese la contratista (aquí el argumento de estandarización señalado en algunos momentos del proceso resulta relevante).

1.24. Sobre este aspecto, siendo esta materia, una técnica, se ha escuchado a ambas partes, analizado la totalidad de las pruebas aportadas y evaluado los argumentos presentados, concluyendo este Tribunal, sobre este punto, que hemos sido persuadidos por la posición del Contratista referida a que las credenciales son un tipo de información que debe ser puesta a disposición para facilitar la conectividad de forma nativa, pues se ha demostrado que el Contratista ha trabajado con SAP en experiencias previas (Escrito y pruebas de fecha 20.12.2018 y del 02.10.2019) – y OSINERGMIN no ha demostrado cuáles son los servicios o componentes con los que cuenta SAP para efectuar integración vía nativa Single Sign On de SAP a otras aplicaciones de terceros (que no sea a través del intercambio de información técnica – credenciales o códigos).

1.25. En consecuencia, la obligación que era acusada de incumplimiento por parte de OSINERGMIN al Contratista es una que adolece de imposibilidad física, en la medida que no se realice este intercambio de información técnica. En consecuencia, la resolución contractual realizada por Osinergmin debe ser declarada ineficaz, declarando fundada esta pretensión.

1.26. Ahora bien, en el presente caso, la contratista ha solicitado que se declare improcedente, nula o ineficaz la resolución contractual, por medio de la cual OSINERGMIN declara estar resolviendo el Contrato. Ante eso, cabe preguntarnos si estamos frente a un caso de nulidad o ineficacia.

- 1.27. En relación a la diferencia de conceptos, nos podemos remitir a lo dicho en la Casación No. 920-2010-Lima, en el sentido en que la nulidad supone un defecto de forma o fondo intrínseco en el acto, mientras que la ineficacia depende de la voluntad de las partes o de la ley y –en ese sentido- es “extrínseca”.
- 1.28. En mayor detalle, señala la mencionada Casación *“la ineficacia a la que se hace referencia en la sentencia de vista, conocida como ineficacia funcional o extrínseca constituye una categoría jurídica distinta que se invoca no por la existencia de vicios que afectan la estructura misma del acto jurídico, sino cuando se trata de actos jurídicos que habiendo nacido válidos posteriormente, por razones voluntarias o legales deja de producir lo efectos jurídicos buscados por las partes; en este segundo caso, es la ley la que declara que el acto jurídico es ineficaz...”*.
- 1.29. En este caso, estamos ante un caso en el que se debe determinar si una resolución de contrato que –por definición- extingue la relación contractual, es a su vez –nula o ineficaz. En efecto, la resolución *“(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte”*².
- 1.30. Adicionalmente a estas categorías, el VIII Pleno Casatorio Civil también hace referencia a las categorías de existencia e inexistencia del acto jurídico. En este último caso, estamos hablando de un acto que –por no reunir los presupuestos que lo conforman- no llega si quiera a existir en el ordenamiento. En la doctrina, la “inexistencia” también se puede asimilar a la “irrelevancia”³. En el caso de un acto que no reúne requisitos para ser considerado “jurídico” o un acto que despliegue efectos, podemos hablar de su irrelevancia jurídica.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001. p. 750, citado por OPINIÓN N° 086-2018/DTN.

³ MOLINA, Waldo. “El acto jurídico inexistente: su relevancia jurídica y aplicación en el código civil peruano”. En Derecho y Cambio Social. DialNet.

- 1.31. En este caso, una parte –la Entidad- estaba resolviendo un contrato, pero no llegó a encontrarse en un supuesto de resolución, por lo que –en la práctica- lo único que hizo fue enviar una carta con la apariencia de una resolución de contrato; por tanto, nuestra decisión será declarativa, en el sentido en que la resolución del contrato no tiene efectos y –en consecuencia- el contrato sigue vigente y desplegando efectos entre las partes.
- 1.32. Por lo que corresponde Declararla FUNDADA y en consecuencia declarar la ineficacia de la resolución contractual.

2. DETERMINAR SI CORRESPONDE ESTABLECER CONSENSUALMENTE UN NUEVO CRONOGRAMA ESTABLECIENDO AMBAS PARTES NUEVAS FECHAS DE PRESENTACIÓN DE ENTREGABLES, PERMITIÉNDOSE CON ELLOS UNA ADECUADA Y OBJETIVA CONTINUACIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS N° 143-2017 DE FECHA 23.10.17

- 2.1. De forma previa a cualquier análisis de fondo del contenido de esta pretensión, debemos advertir que la misma es inconducente, debido a que carece de ejecutabilidad.
- 2.2. En efecto, la redacción de la pretensión convierte a la misma en una que, de recibir una decisión favorable (por ejemplo), sería de imposible ejecución toda vez que se requiere al Tribunal que ordene a las partes que estas “se pongan de acuerdo”, ya que en eso se basa el “consenso”; y el consenso no es algo a lo que se pueda obligar o “pedir ejecución”. En pocas palabras carece de viabilidad jurídica.
- 2.3. El arbitraje es pues un método heterocompositivo en donde un tercero decide una controversia suscitada entre dos o más partes; y emite (por ejemplo) una decisión declarativa, pronunciándose sobre un derecho que una parte posee, frente al derecho que podría haber ostentado otra. En este caso, el petitorio planteado, sugiere que se ordene que las partes se “autocompongan” mediante un consenso que adopten sobre un cronograma. Y nadie puede ordenar a las partes que celebren un acuerdo que tiene como premisa la autonomía de la voluntad, siendo ésta la

esencia del acuerdo (la autonomía privada). El acuerdo es pues un modo auto compositivo del conflicto, y no resulta jurídicamente posible que un tercero ordene a las partes solucionar una controversia mediante un consenso, pues no está decidiéndose nada.

- 2.4. Un petitorio que contiene un imposible jurídico o que solicita algo de imposible ejecución, según las normas procesales resulta improcedente. Si bien el Código Procesal Civil no resulta de aplicación al arbitraje, no resulta inútil señalar que el artículo 424 y el numeral 6 del artículo 427° del Código Procesal Civil así lo disponen.
- 2.5. Ahora bien, desde otro punto de vista, el arbitraje tiene como finalidad primordial no sólo resolver conflictos sometidos a su conocimiento desde el punto de vista jurídico, decidiendo acerca de qué pretensiones deben ser acogidas y cuáles desestimadas, sino también asegurar que la decisión arbitral adoptada debe cumplirse efectivamente puesto así lo determina el convenio arbitral, que genera un vínculo de cumplimiento obligatorio por las partes. Resulta manifiesta la importancia de una efectiva tutela jurisdiccional efectiva que permite que todo aquel que cree tener derecho a algo pueda acudir a un órgano jurisdiccional, o como es el presente caso, acudir a la vía arbitral para hacer valer sus derechos, verificando su razón, y de ser el caso, haciendo efectivo el derecho.
- 2.6. En ese sentido, la solución de conflictos y controversias, al igual que la determinación y protección de los derechos, se encomienda a un órgano jurisdiccional ante quien pueden acudir todos aquellos que requieran de su intervención, con la certeza de que las decisiones de dicho órgano, adoptadas en el marco de un proceso determinado, regular y razonable, serán acatadas por las partes participantes del proceso y ejecutadas efectivamente.
- 2.7. Puede considerarse que el derecho a una efectiva tutela jurídica comprende tres aspectos: 1.- Derecho de Acción y Acceso Real, libre, amplio e irrestricto a la pretensión jurisdiccional del órgano competente; 2.- el Debido Proceso, a que la atención de las pretensiones se desarrolle conforme a las reglas, es decir según a

las normas vigentes y estándares aceptados como necesarios para hacer posible la eficacia del derecho; y 3.- La Efectividad de la Sentencia, es decir a que el proceso concluya en una resolución final, la misma que debe estar arreglada a Derecho y dotada de un contenido mínimo de justicia, decisión ésta que debe ser susceptible de ser ejecutada con efectividad.

- 2.8. Continuando con la línea de análisis, para que exista el derecho a la efectiva tutela jurídica, el demandante debe solicitar una pretensión que pueda ser susceptible de ejecución, es decir de la posibilidad jurídica del petitorio, ahora bien, ésta situación fáctica determina la procedencia o improcedencia del petitorio de la demanda.

- 2.9. Ahora teniendo en consideración lo antes expuesto, la pretensión antes solicitada versa en la solicitud de Contratista de que el Tribunal pueda sustituirse sobre la voluntad de las partes, pues de acuerdo al artículo 40° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, señala lo siguiente:

"El Tribunal Arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas."

- 2.10. De lo expuesto, se desprende que la misión del Tribunal es resolver las controversias que pudieron generarse entre las partes en virtud del Contrato celebrado entre ellas, pues éste Tribunal considera que la solicitud del Contratistas resulta improcedente por tratarse de una pretensión jurídicamente imposible, ya que la competencia del Tribunal es la de resolver una disputa o controversia, siendo que el pedido del Contratista es que emita una orden, como si éste Tribunal fuera parte interviniente del Contrato, es más como si el Tribunal fuera la autoridad en la ejecución del Contrato y eso es imposible porque escapa de las facultades del Tribunal, en la medida que carece de facultad para ordenar que las partes ejecuten en un sentido o no el contrato, la solicitud del Contratista es que se ordene,

sustituyéndose sobre las partes, se celebre de manera consensuada un nuevo cronograma de actividades y éste pedido escapa de la competencia del Tribunal, siendo incompatible con la misión mismo.

- 2.11. Finalmente, amparar éste pedido conllevaría que el Tribunal asuma competencias que no le corresponden, por lo que, acorde con el desarrollo antes expuesto, corresponde que éste Tribunal declare **IMPROCEDENTE** la presente pretensión.

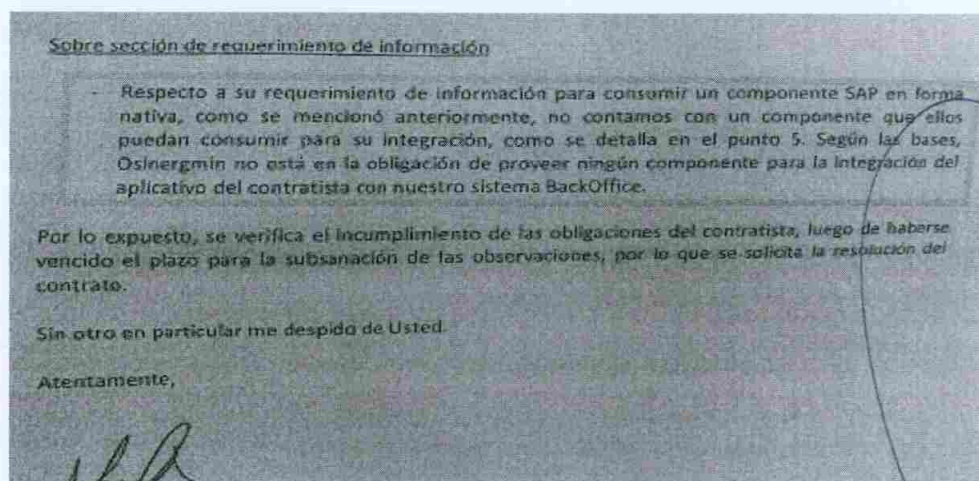
3. DETERMINAR SI PROCEDE ENTREGAR Y/O FACILITAR AL DEMANDANTE TODA LA INFORMACIÓN RESPECTIVA PREVISTA EN LAS BASES ADMINISTRATIVAS INTEGRADAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN, PERMITIÉNDOSE CON ELLO UNA ADECUADA Y OBJETIVA CONTINUACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOCACIÓN DE SERVICIOS N° 143-2017 DE FECHA 23.10.17.

- 3.1. Tal como hemos desarrollado en el primer punto controvertido, este Colegiado hace suyo el razonamiento realizado en dicho punto. De este modo, debemos añadir que, de lo expuesto en la **Audiencia de Ilustración de Hechos del 26.10.2018**, de la **Audiencia Técnica de fecha 25.03.2019** y de la **Audiencia de Informes Orales de fecha 04.06.2019**, así como de la totalidad de las pruebas presentadas por las partes, ha quedado claro para este Tribunal Arbitral lo siguiente:

- i. Las Bases del proceso NO requerían la conectividad o comunicación nativa con el sistema SAP.
- ii. La propuesta presentada por el Contratista era una que SÍ cumplía con los requerimientos del Concurso Público.
- iii. En la ejecución de las prestaciones OSINERGMIN exigió que el sistema entregado permita de manera nativa utilizar Single Sign-On con el sistema de Gestión de Talento Humano a implementar y el sistema Back-Office de la Entidad que era uno de tipo SAP.
- iv. El sistema presentado por el Contratista utiliza el Single Sign-On que se encuentra en forma nativa en el SAP de la Entidad, pero NO puede realizarse la conectividad de forma satisfactoria en la medida que no posee las credenciales o datos de conexión que se encuentran en poder de OSINERGMIN.

3.2. En ese sentido, sobre si resulta o no exigible que OSINERGMIN brinde estos códigos o credenciales para que la conectividad con el SAP permita la comunicación nativa requerida en las Bases, este colegiado ya ha analizado y concluido lo siguiente:

- Que, mediante Carta Notarial de fecha 11.12.17 que contiene el Memorandum GSTI 400/2017 de fecha 07.12.17, la Entidad ha manifestado al Contratista que no es su obligación proveer ningún componente para la integración del aplicativo del contratista con el sistema BackOffice.



- Mediante Escrito de fecha 01.04.19 "Conclusiones Técnicas" presentado en el proceso, OSINERGMIN señaló a este colegiado que dicha obligación no se encuentra prevista en las Bases y que no le resulta exigible.
- Asimismo señala que las Bases exigen comunicación nativa y que dicho tipo de comunicación debió ser objeto de consulta, cosa que no sucedió durante el concurso publico
- SAP sí cuenta con servicios o componentes para efectuar integración via nativa Single Sign On de SAP a otras aplicaciones de terceros.

3.3. Al respecto, este Tribunal considera que, en efecto, no existe una obligación expresa en las Bases de que OSINERGMIN facilite las credenciales o condiciones técnicas que permitan la conectividad nativa con el SAP; ni tampoco existe en las Bases

referencia sobre la conectividad SAP por lo que no podía presumirse que una empresa de la marca SAP fuese la contratista (aquí el argumento de estandarización señalado en algunos momentos del proceso resulta relevante).

No puede exigirse entonces una conexión nativa tipo SAP a un contratista cuya propuesta fue declarada ganadora del Concurso Público (por el mismo OSINERGMIN) y presumir que la Contratista posee la representación de la marca, máxime cuando la propuesta del Contratista declaró no ser tipo SAP / sino tan solo que contaba con experiencia con la marca SAP (siendo posible dicha experiencia por la coordinación e intercambio del código y/o credenciales para generar la conectividad y comunicación nativa).

3.4. Sobre este aspecto, siendo esta materia, una técnica, se ha escuchado a ambas partes, analizado la totalidad de las pruebas aportadas y evaluado los argumentos presentados, concluyendo este Tribunal, sobre este punto, que hemos sido persuadidos por la posición del Contratista referida a que las credenciales son un tipo de información que debe ser puesta a su disposición para facilitar la conectividad de forma nativa, pues se ha demostrado que el Contratista ha trabajado con SAP en experiencias previas (Escrito y pruebas de fecha 20.12.2018 y del 02.10.2019) – y OSINERGMIN no ha demostrado cuáles son los servicios o componentes con los que cuenta SAP para efectuar integración vía nativa Single Sign On de SAP a otras aplicaciones de terceros (que no sea a través del intercambio de información técnica – credenciales o códigos).

3.5. En ese sentido, corresponde declarar FUNDADA la tercera pretensión, correspondiendo a OSINERMIN la entrega de los códigos y/o credenciales para generar la conectividad y comunicación nativa.

4. **CUARTA PRETENSIÓN. DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR AL DEMANDADO AL PAGO EN FAVOR DEL DEMANDANTE DEL IMPORTE ECONÓMICO DE S/. 61, 500.00 SOLES POR CONCEPTO DEL PRIMER ENTREGABLE PRESENTADO, CONFORME A LO ESTIPULADO EN LA CLÁUSULA CUARTA DEL CONTRATO LOCACIÓN DE SERVICIOS N° 143-2017**

DE FECHA 23.10.17, Y, EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 149° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

QUINTA PRETENSIÓN. EN CASO DE NO AMPARARSE LA PRETENSIÓN ANTERIOR, DETERMINAR SI CORRESPONDE EL PAGO EN FAVOR DEL DEMANDANTE DEL IMPORTE ECONÓMICO DE S/. 61, 500.00 SOLES POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE.

- 4.1. El análisis de los puntos controvertidos de estas dos pretensiones ha sido agrupado en este punto debido a que este Colegiado considera que poseen conexión y amerita que se realice un sólo desarrollo para resolver ambas pretensiones.
- 4.2. Como primer punto debemos indicar que la pretensión contenida en el cuarto punto controvertido señala que la naturaleza del pago debe ser una de contraprestación, pues lo relaciona con el pago que corresponde al primer entregable y al monto que se establece en las bases y el contrato para dicho concepto (citando incluso la cláusula cuarta de la cual proviene la obligación).
- 4.3. Al respecto debe partirse por definir que la contraprestación, tal como su nombre justamente sugiere, representa el pago o retribución que corresponde a la prestación efectivamente cumplida por el deudor de la obligación; que pueda consistir en una obligación de hacer o de dar (como en el presente caso) y que, por consiguiente, merece recibir el pago o la contraprestación pactada a su favor.
- 4.4. En contrataciones públicas, el pago (la contraprestación) es el resultado de un procedimiento pactado por las partes (en el contrato y en los documentos que lo conforman), y en lo regulado por la Ley y el Reglamento. Tal como hemos indicado, de la revisión del Contrato, en la cláusula cuarta, se señala lo siguiente:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

"LA ENTIDAD" se obliga a pagar la contraprestación a "EL CONTRATISTA" en Soles, en pagos parciales, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, de acuerdo a lo señalado en el numeral 18 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas, y la conformidad otorgada por la Gerencia de Sistemas y Tecnologías de la Información, en el aspecto técnico y la Gerencia de Recursos Humanos en el aspecto funcional, según corresponda, de "LA ENTIDAD", según lo establecido en el artículo 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, considerando lo descrito en el siguiente cronograma de plazos para la presentación de los entregables.

Entregable N°	Fecha máxima de presentación de los Entregables	Monto a pagar previa entrega y aprobación de los Entregables correspondientes
Primer entregable	07/11/2017	S/ 61 500.00
Segundo entregable	22/11/2017	S/ 41 000.00
Tercer entregable	22/12/2017	S/ 41 000.00
Cuarto entregable	21/01/2018	S/ 41 000.00
Quinto entregable	20/02/2018	S/ 41 000.00
Sexto entregable	22/03/2018	S/ 41 000.00
Séptimo entregable	21/05/2018	S/ 61 500.00

Mejora Continua

N°	Descripción	Plazo de Entrega	Monto a pagar previa entrega y aprobación de los entregables correspondientes
Mensualmente dependiente del consumo	Entregables de la mejora continua	Mensualmente dentro de los 300 días calendario o la bolsa de 600 horas posteriores a la implementación de la solución, lo que ocurra primero	S/ 82 000.00

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de producida la recepción.

"LA ENTIDAD" debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los servicios, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

En caso de retraso en el pago por parte de "LA ENTIDAD", salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, "EL CONTRATISTA" tendrá derecho al pago de intereses legales conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado y en el artículo 149 de su Reglamento, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

A efectos de acreditar el Fiel Cumplimiento del presente contrato "LA ENTIDAD" efectuará

Concurso Público N° 22-2017-OSINERGMIN

N° 143-2017

una retención de S/ 41 000.00 (Cuarenta y Un Mil con 00/100 Soles) durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse a "EL CONTRATISTA", debido a que éste último se ha acogido al artículo 126° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. El monto a retener será el siguiente:

Comprobante de Pago	Monto a Retener
1	S/ 13 666.66
2	S/ 13 666.67
3	S/ 13 666.67

- 4.5. De otro lado, como puede apreciar de la redacción de la cláusula, una condición necesaria para que proceda el pago, es **LA EMISIÓN DE LA CONFORMIDAD DE LA PRESTACIÓN**. De este modo se establece en la cláusula séptima del contrato:

CLÁUSULA SÉPTIMA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO
 La conformidad de la prestación del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. La conformidad será otorgada por la Gerencia de Sistemas y Tecnologías de la Información, en el aspecto técnico y la Gerencia de Recursos Humanos en el aspecto funcional, según corresponda, de "LA ENTIDAD".

De existir observaciones, "LA ENTIDAD" debe comunicar las mismas a "EL CONTRATISTA", indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Si pese al plazo otorgado, "EL CONTRATISTA" no cumpliera a cabalidad con la subsanación, "LA ENTIDAD" puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

Este procedimiento no resulta aplicable cuando los servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso "LA ENTIDAD" no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.

- 4.6. Y finalmente de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, que nos remite a la conformidad y al pago:

"Artículo 149.- Del Pago

149.1. La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

"Artículo 143.- Recepción y conformidad:

143.1. La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad

es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.

143.2. La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

143.3. La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción, salvo en el caso de consultorías, donde la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días.

143.4. **De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad (...). Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar (...).**

- 4.7. Es decir, que para que podamos hablar de un derecho de pago, debe existir previamente un pronunciamiento sobre la conformidad del Informe; conformidad que no se ha emitido ni se ha solicitado a este colegiado. Y resulta evidente que esta no puede suponerse ni obviarse.
- 4.8. De conformidad con lo establecido en los documentos que establecen obligaciones para las partes, tenemos que la conformidad del servicio será otorgada por la Gerencia de Sistemas y Tecnologías de la Información, en el aspecto técnico; y por la Gerencia de Recursos Humanos en el aspecto funcional. Ambos, debían brindarse dentro del plazo y procedimiento señalado en el Reglamento de la Ley, quedando bajo su entera responsabilidad la verificación de la correcta prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, así como su verificación.

- 4.9. Sobre el particular, se desprende de los autos del proceso que, en el Informe GSTI-57-2018 de fecha 22 de febrero de 2018, el Gerente de Sistemas y Tecnologías de la Información efectúa observaciones al 1° entregable presentado con fecha 07.11.2017, por el Contratista y solicita a este la subsanación, haciendo observaciones a los puntos que derivaron en el apercibimiento de resolución contractual, señalado en los considerandos que corresponden al primer punto controvertido del presente laudo.
- 4.10. Si bien es cierto, este Colegiado ha razonado que dichas observaciones, poseían como premisa un aspecto técnico relacionado con la integración nativa del sistema SSO y el BackOffice, y el tipo SAP que posee OSINERGMIN; no es equivocado indicar que no puede existir una pretensión de pago de la contraprestación (dentro de los términos contractuales) sin que antes haya existido un pronunciamiento sobre la conformidad del informe del cual se está solicitando el pago.
- 4.11. Este Informe 01 no habría recibido entonces un pronunciamiento sobre la conformidad, teniendo como secuencia de acciones, las siguientes:
- (i) Resulta correcto indicar que el Contratista presentó el Entregable N° 01 en la fecha máxima para su presentación el 07.11.2017
 - (ii) Resulta correcto indicar que el OSINERGMIN efectuó observaciones a la presentación del entregable y dió un plazo para la subsanación.
 - (iii) Resulta correcto indicar que el Contratista presentó la subsanación a las observaciones efectuadas en el plazo establecido.
 - (iv) Luego de ello, OSINERGMIN NO procedió a declarar el levantamiento de observaciones u otorgar la Conformidad, puesto que, de acuerdo a su posición, el Contratista continuaba teniendo observaciones, las cuales no lograron levantarse y origino la presente controversia.
- 4.12. Por lo antes expuesto, no se habrían cumplido las condiciones para que surja el derecho de cobro de la contraprestación correspondiente al Entregable 01 **por lo que no correspondería ordenar el pago solicitado**, y la presente pretensión debe declararse INFUNDADA.

- 4.13. Por otro lado, tenemos que el Contratista solicita, en caso se desestime la pretensión antes analizada, el pago del mismo monto reclamado (S/.S/.61,500.00 y S/. 41,000.) por concepto de **Indemnización por daño emergente y lucro cesante**; sin embargo, siguiendo la línea de lo antes expuesto, conviene agregar que la figura de la responsabilidad civil contractual, se sostiene en una estructura jurídica y una probanza diferente a la que se utiliza para demostrar un pago por contraprestación producto de incumplimiento de obligaciones de pago.
- 4.14. En ese sentido, tenemos que frente al pago de indemnizaciones, las normas aplicables en materia de contratación pública no regulan el mismo de forma puntual⁴, por lo que corresponde recurrir a las normas del código civil y a su doctrina.
- 4.15. Para que proceda el pago de una indemnización deben concurrir todos los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual, esto es, que exista: (i) un hecho antijurídico, (ii) un daño ocasionado -debiéndose acreditar no sólo la existencia del daño sino también su cuantificación-; (iii) causalidad entre el hecho antijurídico y el daño reclamado; y, (iv) un actuar doloso o culposos.
- 4.16. El demandante señala que el OSINERGMIN *"ha recepcionado un servicio ejecutado por un proveedor, habiéndose presentado el Entregable N° 01 (incluso también el Entregable N° 02), recepcionado por la Entidad convocante, situación que naturalmente, ha generado innegablemente un menoscabo económico en la empresa recurrente, y, que, consideramos debe ser resarcido. En efecto, debemos precisar que el acto de no pago, así como la inversión desplegada por el contratista para la elaboración y presentación del Entregable N° 01 ha generado un daño patrimonial, es decir, ha lesionado derecho de naturaleza económica o material, los cuales deben ser reparados"*.

4

Debe tenerse presente que al hablar de daño nos estamos refiriendo a las normas que regulan los perjuicios sufridos por un agente. Si bien resulta correcto que las normas que sustentan el pedido de responsabilidad sean aquellas consignadas en el Art. 50 de la Ley de Contrataciones (y que también se haya hecho alusión al Art. 1784 del Código Civil) estas abordan la responsabilidad, partiendo de la premisa que existe un daño claro está (para lo cual se busca un responsable). Dicho tema (la responsabilidad) será abordado posteriormente.

- 4.17. Es decir, que el hecho antijurídico alegado por la demandante, que sustenta la pretensión indemnizatoria solicitada, reposa en el incumplimiento en que habría incurrido el OSINERGMIN en el pago de la contraprestación del Entregable N° 01.

Con relación al pago de la contraprestación, este Tribunal ha desarrollado en extenso en los numerales precedentes las razones por las cuales dicho pago no procede, por lo que OSINERGMIN no habría incurrido en la conducta antijurídica que sustente el pago indemnizatorio, deviniendo en infundada la pretensión planteada.

- 4.18. No obstante ello, nos pronunciaremos también sobre la existencia del daño alegado y su cuantía.

- 4.19. Al respecto debemos partir por indicar que el daño tanto a nivel legislativo como jurisprudencial y doctrinal es dividido en dos grandes categorías: Patrimonial y extra patrimonial. 4.19. Entiéndase como daño patrimonial a aquel menoscabo que se produce en la esfera económica de una persona, el cual a su vez se puede subdividir en daño emergente y lucro cesante. Los legisladores han optado por incorporar en sus códigos civiles el resarcimiento por daño emergente y lucro cesante como subdivisiones del daño patrimonial. Sin embargo, existe un tratamiento diferente en cada país⁵.

⁵ Por un lado tenemos países como Chile que ha optado por mencionar los términos daño emergente y lucro cesante sin definirlos. Otros países como Argentina y España que sin mencionar sus clásicos nombres, dan perfectamente las características de uno y otro tipo de daño patrimonial. Y por último, países como Colombia que mencionan los términos daño emergente y lucro cesante, y seguidamente consignan sus definiciones.

Código Civil Chileno - Artículo 1556° "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptuándose los casos en que la ley limita expresamente al daño emergente"

Código Civil Argentino - Artículo 1069° "El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito..."

Código Civil Español - Artículo 1106° "La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor..."

Código Civil Colombiano - Artículo 1614° "Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento."

- 4.20. Tal como se ha señalado, el Daño: es uno de los elementos de la responsabilidad civil, cuya existencia requiere ser acreditada por quien la alega. El daño se define como "todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio⁶.
- 4.21. En el caso de los daños materiales, demandados en el presente caso, que por su contenido netamente patrimonial pueden ser expresados en dinero y acreditarse mediante un estudio y análisis de los mismos. Los daños materiales se clasifican en daño emergente y lucro cesante. En el primero se tiene un daño directo y materializado de forma inmediata a consecuencia de la producción del daño. En el segundo caso, el lucro cesante, éste se aprecia en el tiempo, con las ganancias dejadas de percibir a ocurrencia de la circunstancia dañosa.
- 4.22. En esa línea, a efectos de poder probar el daño emergente debe tenerse en consideración la demostración de que el bien se encontraba en el patrimonio del sujeto perjudicado antes del evento dañoso y que, como consecuencia de éste, ha salido de la esfera patrimonial de la víctima, por lo que, se requerirá de medios probatorios que puedan corroborar que el bien objeto de daño se encontraba en el patrimonio del sujeto perjudicado, así como, que determine la verificación concreta de la ocurrencia del daño.
- 4.23. Nuestro Código Civil ha optado, al igual que Chile, en solo mencionar los términos daño emergente y lucro cesante, dejando su definición en manos de la doctrina y jurisprudencia.

Artículo 1321°

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro

⁶

LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Trad. Española de SANTOS BRIZ, I. Madrid, 1959. Y notas SANTOS BRIZ, T.I, Madrid, 1958, pág. 193. Citado en VICENTE DOMINGO, E. op.cit., págs.. 303 y ss. También, en CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, J.L., op. Cit., págs.. 72ª 80, y en DIEZ PICAZO, L., op.cit., pág.307.

cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.
(...)"

Artículo 1985°

"La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño."

4.24. En esta misma línea, el doctor Juan Espinoza Espinoza, señala que:

"...en la responsabilidad civil el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial. El primero consiste en "la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada", y se subdivide en "daño emergente" y "lucro cesante". El daño emergente es "la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito"; el lucro cesante "se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito)".

4.25. Y al doctor Felipe Osterling Parodi, quien nos dice que:

"Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inexecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inexecución, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró (artículo 1321 del Código Civil)."

4.26. Por otro lado, y con la finalidad de complementar las definiciones dadas por los juristas, es que recurrimos a la jurisprudencia, la cual también se ha pronunciado respecto al daño patrimonial, definiéndola y subdividiéndola de la siguiente manera:

CASACIÓN N° 7658-2016-LIMA

“Dentro del daño patrimonial, encontramos todas aquellas afectaciones recaídas sobre los derechos patrimoniales de la persona; dentro de los cuales encontramos el daño emergente y el lucro cesante; el primero, referido al menoscabo o pérdida del patrimonio sufrida por el perjudicado, mientras que el segundo, se encuentra constituido por todas aquellas sumas dejadas de percibir producto de la conducta antijurídica.”

SENTENCIA N° 185-2016-17° JETP-CSJL

“Resulta manifiesta la relación entre la conducta de ambas codemandadas con el cese de la relación contractual, en el presente caso el demandante persigue resarcimiento por Lucro Cesante que es aquel supuesto que corresponde a las ganancias que el damnificado habría presumiblemente conseguido sino se hubiera verificado el hecho ilícito o el incumplimiento denunciado, es decir la ganancia dejada de obtener o la pérdida de los ingresos como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo de allí que involucre lo que se hubiera podido ganar a futuro de no haberse producido el supuesto de daño, por ende, se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros.”

- 4.27. En este mismo sentido se pronuncia DE TRAZEGNIES⁷ cuando afirma que, una vez acreditados los elementos de la responsabilidad civil contractual, siendo importantes dentro de ellos, el daño y el nexo causal, el principio aplicable es el de restitutio in integrum, es decir que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado, también conocido como reparación plena o integral, según ORGAZ⁸.
- 4.28. En conclusión, podemos decir que el daño emergente consiste en el perjuicio económico que una persona tiene que soportar como “consecuencia directa” de la inejecución de la obligación por parte de su deudor o de su cumplimiento tardío, defectuoso o parcial -responsabilidad civil contractual- o del incumplimiento del deber jurídico genérico de no dañar -responsabilidad civil extracontractual. Mientras que el lucro cesante consiste en todo aquel provecho económico o utilidad que la

⁷ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005.P.16

⁸ ORGAZ, Alfredo. El daño resarcible. Actos ilícitos. 3ra Ed. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1967.p.120.

persona "deja de percibir" como consecuencia de la conducta antijurídica de su deudor o tercero –lo cual dependerá del tipo de responsabilidad civil que sea según el caso: contractual o extracontractual.⁹

- 4.29. Respecto al daño emergente entonces, la probanza de su existencia y cuantificación es sencilla, pues por su propia definición se sabe que es el "menoscabo real" que sufre la víctima el finorm ecomo "consecuencia directa" del acto u omisión calificado como antijurídico¹⁰.
- 4.30. Pero en todos los casos resulta evidente que se parte de la premisa de que existió un daño, pues la certeza del mismo hace que la definición del daño emergente, orientada a la materia de indemnización por daños y perjuicios, esté señalada como aquel contenido que debe ser objeto de prueba y cuantificación. Sin embargo, el daño debe ser uno cierto y más importante aún, debe poseer relación directa con la conducta del agente al cual se acusa de causar el mismo.
- 4.31. La doctrina pues determina ciertos requisitos para fundamentar un pedido de indemnización; pero por encima de ello, debe tratarse de un daño cierto y probado; y su cuantificación debe ser una probada en el proceso; aspecto que no se ha producido en el arbitraje.

9

Sentencia N° 0001-2005-PI/TC

"(...) la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual". (Subrayado nuestro)

10

Por tanto, yendo a un ejemplo clásico de las aulas, se entiende que si el daño se produce por un accidente de tránsito, el daño emergente estará constituido por los gastos ocasionados por la atención médica, realización de exámenes médicos, la hospitalización, los honorarios profesionales del personal de salud, la intervención quirúrgica, los cuidados post operatorios, entre otros gastos en los que incurra la víctima para reparar el daño ocasionado a su salud. Lo cual se puede demostrar fehacientemente con la liquidación realizada por el nosocomio. Y si en el mismo supuesto la víctima también se encontraba manejando, el daño emergente estará constituido además por los gastos de reparación del vehículo, lo cual se puede demostrar con la boleta o factura emitida por el centro automotriz.

- 4.32. En efecto, la probanza (tanto del daño emergente como del lucro cesante) no ha sido desarrollada por la Contratista en el presente proceso; y mucho menos la cuantificación de dichos conceptos (que demuestren la suma de S/. 61,500.00). Resulta un aspecto muy distinto la probanza en materia de responsabilidad civil patrimonial, y aquella que alude al pago de una contraprestación (en materia de ejecución de obligaciones).
- 4.33. Por lo expuesto, y en la medida que no existe el hecho antijurídico imputado ni tampoco se advierte desarrollo, fundamentos o prueba que sustente el monto que se reclama por concepto de daño emergente y lucro cesante, la pretensión planteada debe ser declarada INFUNDADA.

5. DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD, IMPROCEDENCIA Y/O INEFICACIA DE LAS PENALIDADES QUE HAYAN SIDO ORDENADAS POR EL DEMANDANDO CONTRA EL DEMANDANTE.

DETERMINAR SI CORRESPONDE LA DEVOLUCIÓN Y/O REINTEGRO A FAVOR DEL DEMANDANTE DE LAS PENALIDADES QUE HAYAN SIDO IMPUESTAS Y/O EFECTIVAMENTE DEDUCIDAS POR EL DEMANDADO (CUYA ESTIMACIÓN MONETARIA HA SIDO REFERENCIA EN S/. 41,000.00 SOLES APROX.).

- 5.1. Estos dos puntos controvertidos han sido agrupados debido a que este Colegiado considera que existe conexión y amerita que se realice un solo desarrollo para resolver ambas pretensiones de las cuales se derivan. 5.2. Para la resolución de éste punto controvertido debemos analizar lo manifestado por el Contratista en su demanda, donde solicita se declare la nulidad y/o ineficacia y/o improcedencia de las **penalidades que hayan sido ordenadas por el OSINERGMIN** en su contra en mérito del Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 de fecha 23.10.2017, debiendo en su caso proceder a la consecuente devolución y/o reintegro de cualquier penalidad impuesta contra el Contratista, en caso esta haya sido efectivamente deducida, ello incluyendo los respectivos intereses legales devengados y por devengarse a que hubiera lugar.

5.2. Asimismo, el OSINERGMIN dentro de su escrito de Contestación de Demanda señala lo siguiente: *"Esta pretensión es una de carácter accesoria en tanto no es posible jurídicamente que se declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de las penalidades que hayan sido ordenadas por OSINERGMIN si es que previamente no se declare la nulidad de la resolución contractual. En tanto la primera pretensión, que es la principal, debe ser declarada infundada, entonces no correspondería entrar a la discusión de éste pedido. Sin embargo, se hace hincapié en que **OSINERGMIN NO PENALIZÓ AL CONTRATISTA**, por lo que esta pretensión carece, incluso de sustento fáctico.*

5.3. Se desprende que la pretensión del Contratista contiene una solicitud que está sujeta a la condición de que se hayan hecho efectivas las penalidades; es decir, no asegura, ni prueba- de la revisión efectuada en autos- que el OSINERGMIN haya ciertamente aplicado alguna penalidad al Contratista, pues en los autos del proceso, no podemos verificar que se haya presentado documento alguno, como así lo establece el procedimiento de penalidades de acuerdo al Contrato (para verificar la ocurrencia de algún supuesto y montos que se indican en el Contrato) en el señalado a continuación:

OTRAS PENALIDADES

Supuesto	Importe	Frecuencia/Evento	Procedimiento
Por el incumplimiento de cualquier política de seguridad de la información de Osinergmin que haya sido informada al CONTRATISTA o de las políticas de seguridad de la información de "EL CONTRATISTA", la cual haya sido comunicada a Osinergmin, y de cualquier directiva o norma que las regulan. La aplicación de esta penalidad no exime a Osinergmin de aplicar lo indicado en la sección "Pacto de Confidencialidad" del presente documento.	01	Por cada evento	Para la aplicación de una penalidad Osinergmin informará por escrito al CONTRATISTA, el mismo que tendrá un período de cinco (05) días calendario para efectuar su descargo. Si el descargo presentado por "EL CONTRATISTA" no es aceptado por Osinergmin, se procederá a ejecutar la
Por carecer de licencias de los productos de software utilizados para brindar el servicio.	0.5	Por cada evento.	
Por no cumplimiento de los procedimientos, directiva y	01	Por ocurrencia	

Contrato de Locación de Servicios OSINERGMIN N° 143-2017

Página 4

Concurso Público N° 22-2017-OSINERGMIN

N° 143-2017

política establecidos o adoptadas por Osinergmin en las presentes Bases, Contrato del Servicio o durante la vigencia del mismo.			penalidad correspondiente
Por incumplimiento de las normas de seguridad física y seguridad de la información establecidas para Osinergmin en el marco de su normativa vigente.	01	Por ocurrencia	
Por no cumplir con los niveles de acuerdo de servicio establecidos en el numeral 16.4 SOPORTE- Niveles de acuerdo de servicio	0.5	Por cada ocurrencia	

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda.

Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Quando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, "LA ENTIDAD" puede resolver el contrato por incumplimiento.

- 5.4. Dentro del Contrato se establece que en caso existan penalidades atribuibles al Contratista, el OSINERGMIN debió informar al Contratista para que éste en un plazo de cinco (05) días calendario efectúe su descargo, vencido el plazo y en caso no sea esta absolución aceptada por el OSINERGMIN se efectúa la ejecución de la aplicación de la penalidad. Dela revisión de los autos no se verifica que se haya cumplido con dicho procedimiento, pues el OSINERGMIN no presentó dicho apercibimiento de aplicación de una penalidad, ni el Contratista presentó ningún documento de descargo de la misma.
- 5.5. Más aún queda demostrada dicha situación con lo manifestado por el OSINERGMIN en su absolución de demanda al asegurar que no se aplicó penalidad alguna al Contratista y considera esta pretensión carente de sustento jurídico y fáctico, solicitando se declare infundada dicha pretensión. Situación que fue corroborada por ambas partes en la Audiencia de Informes Orales llevada a cabo el 04 de junio de 2019.
- 5.6. Bajo esta línea de razonamiento, este Tribunal Arbitral determina que en vista de que el Contratista no ha acreditado ningún cobro de penalidad y que la carga de la prueba obedece a quien alega el hecho, no habiéndose debatido sobre el particular y no habiéndose demostrado ningún descuento o cobro alguno por concepto de

penalidad que se haya efectuado, las pretensiones planteadas deben ser declaradas INFUNDADAS.

6. DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR AL DEMANDADO EL PAGO EN FAVOR DEL DEMANDANTE DE LOS INTERESES LEGALES DEVENGADOS Y POR DEVENGARSE QUE PUDIERON CONFIGURARSE.

6.1. En relación con esta pretensión debemos partir por indicar que las pretensiones referidas a intereses son accesorias y dependen de una pretensión o fuente principal del derecho económico que contiene el monto "capital" sobre el cual deberán calcularse (justamente) los intereses.

6.2. En el presente caso, los referidos intereses no solo no se han sustentado ni desarrollado a detalle en el presente proceso arbitral (no habiendo sido objeto de debate tampoco en audiencia alguna), sino que cualquier fuente de cálculo (el derecho con contenido económico o cuantificable) contenida en las pretensiones económicas planteadas hasta este punto controvertido, han sido desestimadas por este Tribunal.

6.3. En ese sentido, corresponde declarar INFUNDADA la presente pretensión.

7. DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR AL DEMANDADO EL PAGO DE LOS GASTOS, COSTAS Y COSTOS RESPECTIVOS.

7.1. El Tribunal Arbitral considera pertinente señalar que, de acuerdo con el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, éste debe ser uno de los puntos respecto de los cuales debía pronunciarse en el Laudo Arbitral, teniendo presente de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral.

7.2. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral, de los abogados de las partes y las retribuciones de la Secretaría Arbitral, etc. Además, la norma legal establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los Árbitros se pronunciarán en el Laudo Arbitral sobre condena o exoneración.

- 7.3. Cabe advertir que de la revisión del convenio arbitral el Contrato, se desprende que las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
- 7.4. Considerando el resultado de este arbitraje en el que, en puridad, no se puede afirmar la existencia de una "parte perdedora", ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, pues ambas debían defender sus intereses en vía arbitral, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.
- 7.5. En atención a ello, estima que corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costas y costos que respecto de cada una de ellas se generaron como consecuencia del presente caso.
- 7.6. En conclusión, sobre la base de lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que corresponde a cada una de las partes asumir los gastos del presente proceso en proporciones iguales, debiendo cada una solventar igualmente los gastos en que incurrió para su defensa, así como aquellos en los que haya podido incurrir como consecuencia el presente proceso arbitral.
- 7.7. Al respecto del siguiente cuadro elaborado por Secretaría arbitral se observa que, las partes en total habrían cancelado por concepto de gastos administrativos y Honorarios del Tribunal Arbitral el monto de S/ 26,930.85 (veintiséis mil novecientos treinta y 85/100 soles) distribuidos de la siguiente forma:

CASO	ETAPA	DEMANDANTE/DEMANDADO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0057-2018-CCL	INSTALACIÓN	DEMANDANTE: CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C. (50%)	Pagó S/. 2,186.01	Pagó S/. 6,345.30
		DEMANDADO: OSINERGMIN (50%)	Pagó S/. 2,186.01	Pagó S/. 6,345.30
	DEMANDA	DEMANDANTE: CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C. (100%)	Pagó S/. 2,815.81	Pagó S/. 7,052.42
		DEMANDADO: OSINERGMIN (0%)	Pagó S/. 0	Pagó S/. 0

Montos totalizados.

CASO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0057-2018-CCL	S/. 7,187.83	S/. 19,743.02

- 7.8. Al respecto, al existir un pago en vía subrogación del 50%, por parte del DEMANDANTE, respecto a la demanda, que le correspondía pagar al DEMANDADO, por el valor total de S/ 4,934.12 (Cuatro mil novecientos treinta y cuatro y 12/100 soles), corresponde ORDENAR al DEMANDADO el reembolso dicho monto a favor del DEMANDANTE.

Puntos Controvertidos de la Ampliación de la Demanda:

8. **DETERMINAR SI CORRESPONDE A OSINERGMIN QUE CUMPLA CON EL PAGO EN FAVOR DE LA EMPRESA RECURRENTE CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C DEL IMPORTE ECONÓMICO DE S/. 41,000.00 SOLES POR CONCEPTO DEL SEGUNDO ENTREGABLE PRESENTADO, CONFORME LO ESTIPULADO EN LA CLÁUSULA CUARTA DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS N° 143-2017 DE FECHA 23.10.17, Y EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 149° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.**

DETERMINAR SI CORRESPONDE A - EN CASO DE NO AMPARARSE LA PRETENSIÓN SIGNADA EN EL ACÁPITE ANTERIOR- OSINERGMIN- QUE CUMPLA CON EL PAGO EN FAVOR DE LA EMPRESA RECURRENTE CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C EL IMPORTE ECONÓMICO DE S/. 41,000.00 SOLES POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE.

- 8.1. El análisis de los puntos controvertidos de estas dos pretensiones ha sido agrupado en este punto debido a que este Colegiado considera que poseen conexión y amerita que se realice un sólo desarrollo para resolver ambas pretensiones.
- 8.2. Reiteramos que se pretende en este caso el pago de una contraprestación, referida al Segundo Entregable, y, en su defecto, que se ordene dicho pago por concepto indemnizatorio.
- 8.3. Este Tribunal ha desarrollado ampliamente, en el punto 4 precedente, las razones por las cuales no procede el pago de una contraprestación respecto de un entregable que no cuenta con la conformidad de la Entidad, así como tampoco procede el pago de un monto indemnizatorio cuyo hecho antijurídico no se verifica ni el daño se encuentra acreditado.

8.4. Por las mismas razones, el Tribunal considera que las pretensiones en cuestión deben ser declaradas INFUNDADAS.

9. SE DETERMINE SI PROCEDE POR PARTE DE OSINERGMIN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO A FAVOR DE LA EMPRESA RECURRENTE CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C DEL IMPORTE ECONÓMICO DE S/. 129,800.00 SOLES POR CONCEPTO DE LA ENTREGA DE LOS CÓDIGOS Y PROGRAMAS FUENTES DESARROLLADOS DE LAS LICENCIAS DE SOFTWARE DE BASE DE DATOS (SQL SERVER) Y SOFTWARE DE RECURSOS HUMANOS (EMPRESARIAL- RH.COM).

9.1. Respecto al presente punto controvertido, debe tenerse en cuenta en primer lugar que el contrato suscrito entre las partes se encuentra revestido del principio pacta sunt servanda, siendo ello así, ambas cuentan con obligaciones recíprocas de obligatorio cumplimiento, en la que ambas partes realizan prestaciones a favor de la otra, siendo que a una prestación le corresponderá una contraprestación que deberá ser cumplida en virtud del cumplimiento cabal de la prestación.

9.2. En ese sentido, del contrato de locación de servicio suscrito entre el demandante y el demandado se tiene que el mismo tenía como objeto la contratación del servicio de implementación de solución para la gestión de recursos humanos, el mismo que debía ser cumplido por el demandante en un periodo de tiempo, haciendo entrega de un total de 8 entregables y en fechas debidamente determinadas, tal y como se aprecia en la siguiente imagen¹¹

¹¹ Clausula cuarta del contrato de locación de servicios, que obra como medio probatorio en el expediente.

Entregable N°	Fecha máxima de presentación de los Entregables	Monto a pagar previa entrega y aprobación de los Entregables correspondientes
Primer entregable	07/11/2017	S/ 61 500.00
Segundo entregable	22/11/2017	S/ 41 000.00
Tercer entregable	22/12/2017	S/ 41 000.00
Cuarto entregable	21/01/2018	S/ 41 000.00
Quinto entregable	20/02/2018	S/ 41 000.00
Sexto entregable	22/03/2018	S/ 41 000.00
Séptimo entregable	21/05/2018	S/ 61 500.00

Mejora Continua			
N°	Descripción	Plazo de Entrega	Monto a pagar previa entrega y aprobación de los entregables correspondientes
Mensualmente dependiente del consumo	Entregables de la mejora continua	Mensualmente dentro de los 300 días calendario o la bolsa de 600 horas posteriores a la implementación de la solución, lo que ocurra primero	S/ 82 000.00

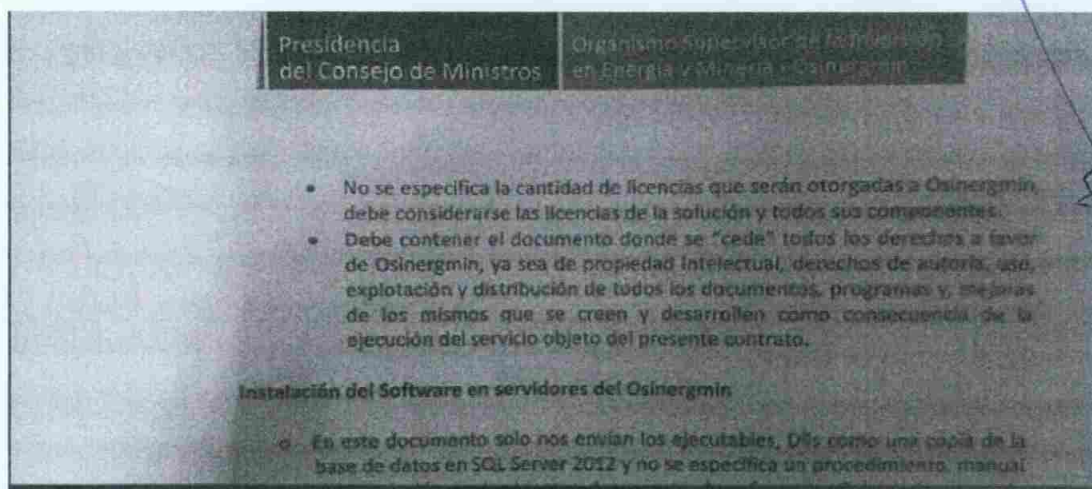
Asimismo, en la página 35 de las bases integradas, tal y como se muestra en el cuadro citado en el desarrollo del primer punto controvertido, se encuentra detallado el contenido de cada entregable.

- 9.3. En ese sentido, de forma integral de la cláusula cuarta del contrato y de la página 35 de las bases integradas, se desprende que la entidad efectuaría el pago como contraprestación, una vez que se emita la conformidad por la presentación de cada entregable a cargo del contratista.
- 9.4. Ahora bien, del análisis del caso en concreto, se aprecia que el demandante respecto a este punto controvertido, sostuvo¹² que la entidad al momento de formular las observaciones al entregable N° 1 les requirió la entrega de los códigos y programas fuentes desarrollados de las licencias de los programas Software de base de datos (SQL SERVER) y software de Recurso Humanos (Empresarial-RH.com), licencias que, según refirió el demandante forma parte de su estructura de costos, lo cuales fueron entregadas a la entidad con fecha 21 de noviembre del 2017.
- 9.5. Por su parte, el demandado, al contradecir este extremo de la acumulación de la demanda arbitral, señaló que los pagos se efectuaban por entregable, no teniendo, en ese sentido, pertinencia el cobro que realiza el demandante, más aún si este no

¹² Escrito N° 05 de fecha 29 de noviembre del 2018, presentado por el demandante.

ha cumplido con entregar el objeto del contrato en los términos pactados, remitiéndose de tal forma al numeral II de su escrito de demanda.

- 9.6. En razón a lo expuesto anteriormente, este tribunal arbitral verificará, si en efecto, la pretensión de CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C para que se le realice el pago del monto de S./ 129,8000.00 SOLES, por concepto de entrega de los códigos y programas fuentes desarrollados de las licencias de los programas Software de base de datos (SQL SERVER) y software de Recurso Humanos (Empresarial-RH.com), tiene o no asidero legal, dentro de lo establecido por las bases integradas, la oferta y el contrato de locación de servicios.
- 9.7. Al respecto, se desprende de los propios argumentos de las partes, que la presente pretensión tiene una relación directa con el entregable N° 1, en tanto que las referidas licencias, como bien manifestó el demandante, fueron requeridas por la entidad, tal como se señala en la observación del entregable N° 1, lo cual se corroboraría con el oficio N° GSTI-106-2017/OS-OS, mediante el cual la entidad observa el entregable N° 1 señalando que el contratista no ha indicado lo siguiente:



- 9.8. Y el oficio N GSTI-115-2017/OS-OS, notificada al contratista por conducto notarial con fecha 30 de noviembre del 20167, mediante el cual la entidad le comunica la persistencia en las observaciones al entregable N° 1, señalando en su página 3 lo siguiente:

- En tal sentido, con relación a lo presentado, se tienen las siguientes observaciones:
- o Falta entregar las licencias y todos sus componentes de software, modelos y documentación, así como ceder todos los derechos a favor de Osinergmin
 - o Falta entregar toda la documentación técnica y de usuarios, incluyendo entre otros, los códigos y programas fuentes desarrollados sobre dichos programas.
 - o Falta que se especifique la cantidad de licencias que serán otorgadas a Osinergmin, considerando las licencias de la solución y todos sus componentes, programas, base de datos entre otros, para su buen y óptimo funcionamiento.
 - o En el documento presentado, se indica siguiente párrafo: "Osinergmin se abstendrá de hacer copias o introducir variantes en los mismos y no permitirá a terceros el acceso y uso de dichos programas y metodologías". Sobre el particular indicamos en el párrafo se señala lo siguiente: "Si fuera el caso que la ejecución y cumplimiento del presente proyecto el CONTRATISTA tuviese necesidad de utilizar metodología y herramientas de software propias (o con derecho a uso), Osinergmin adquirirá los derechos de uso sobre los mismos y el que se requiera durante la ejecución del proyecto". Este caso se presenta cuando se utilizan metodologías o herramientas de apoyo al proyecto, pero no se refiere al producto de software objeto del presente contrato. Además, se contradice con lo indicado en el primer párrafo del documento entregado por el contratista.
- En tal sentido, se requiere que en el documento de cesión del software se indique que Osinergmin tiene todos los derechos según lo establecidos en las mencionadas bases integradas.

- 9.9. Documentos que obran en el expediente, y de los cuales se evidencia que las observaciones del entregable N° 1 no han sido levantadas, sobre todo en lo concerniente a la falta de entrega de las licencias, materia de este punto controvertido, por las cuales el contratista estaría solicitando el monto de S/ 129,800.00, en virtud de supuestamente haber cumplido con entregarlas.
- 9.10. Ahora bien, como bien se ha desarrollado y citado anteriormente, en la página 35 de las bases integradas del proceso de selección, se aprecia el contenido de cada entregable, el cual muestra lo siguiente, concerniente al entregable N° 1:

ENTREGABLES	
Considerando que el servicio se realizará en dos etapas. Los entregables de la etapa de Implementación se realizarán de acuerdo al siguiente detalle:	
Implementación	
Entregables	Entregables
Primer entregable	Acta de inicio de Proyecto Plan detallado del proyecto Kick Off Entrega de Licencias de Uso Instalación del Software en servidores del Osinergmin

- 9.11. De lo anterior, se puede advertir que dentro del contenido del entregable N° 1 se encuentra considera la entrega de licencias por lo que, a consideración de este colegiado, el monto requerido por el demandante, no se ajusta a las bases

integradas ni a lo pactado en el contrato por las partes en el contrato de locación de servicios.

- 9.12. Ahora bien, respecto al anexo 8 (estructura de costos) referido por el demandante para sustentar la presente pretensión, establece lo siguiente:

0

ANEXO 8

Estructura de costos o detalle de los precios unitarios del precio ofertado.

Señora
Violeta Rodríguez Arce
Jefe de Logística
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN

Atención: Srta. Rocío Gastelo Flores

Referencia: CONCURSO PÚBLICO N° 22-2012-OSINERGMIN
 CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE IMPLEMENTACIÓN DE SOLUCIÓN
 PARA LA GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS CORRESPONDIENTE AL
 EXPEDIENTE SIGED N° 201700024600.

Por medio de la presente se da a conocer nuestra estructura de costos a detalle:

Concepto	Saldo
Costo de Personal Total Proyecto	S/. 231,516.00
Costo Software incluye programas fuentes	S/. 129,800.00
Costo de Integración Success Factor	S/. 17,721.39
Gasto Administrativo	S/. 30,562.51
Costo total del Proyecto	S/. 410,000.00

El costo expresado incluye todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del servicio.

Lima martes, 17 de octubre de 2017

Aprobación:



Robert Maximino de la Cruz Meléndez
Representante Legal



- 9.13. Del análisis del referido documento, a consideración de este colegiado, no se puede advertir ningún sustento que acredite que la entidad adeude el monto requerido por

el demandante, sino, al contrario, de dicha estructura de costos, se puede advertir que el costo total es de S/ 410,000.00, el cual se condice con el monto del contrato y el valor referencial establecida en las bases integradas, lo cual acreditaría que dicho monto cubriría la totalidad de los 8 entregables a cargo del contratista, por lo que el monto requerido desnaturalizaría lo pactado entre las partes.

- 9.14. Por las consideraciones antes expuestas, este colegiado declara **INFUNDADA** esta pretensión del demandante, contenida en el presente punto controvertido, por lo que no corresponde el reconocimiento y pago a favor de la empresa recurrente CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C del importe económico de S/. 129,800.00 soles por concepto de la entrega de los códigos y programas fuentes desarrollados de las Licencias de Software de Base de Datos (SQL Server) y Software de Recursos Humanos (Empresarial- RH.com).

XIV. DECISIÓN

En tal sentido, por los argumentos expuestos en los puntos anteriores y de acuerdo al orden de las pretensiones expuestas, el Tribunal Arbitral **EN UNANIMIDAD LAUDA:**

Primero: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda

Segundo: Declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión de la demanda

Tercero: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de la demanda, y dispone que el OSINERGMIN cumpla con entregar los códigos y/o credenciales al demandante para generar la conectividad y comunicación nativa.

Cuarto: Declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda.

Quinto: Declarar **INFUNDADA** la quinta pretensión de la demanda.

Sexto: Declarar **INFUNDADA** la sexta pretensión de la demanda

Sétimo: Declarar **INFUNDADA** la séptima pretensión de la demanda

Octavo: Declarar INFUNDADA la octava pretensión de la demanda.

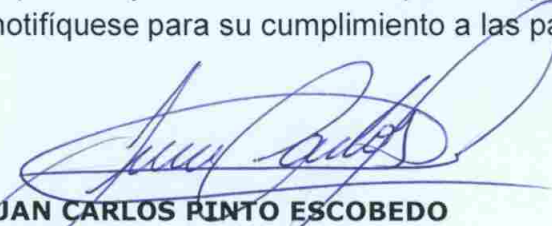
Noveno: Declarar INFUNDADA la novena pretensión de la demanda. Y en consecuencia que ambas partes asuman en proporciones iguales los honorarios arbitrales y gastos del proceso.

Décimo: Declarar INFUNDADA la décima pretensión, contenidas en la ampliación de demanda.

Décimo Primera: Declarar INFUNDADA la décimo primera pretensión, contenida en la ampliación de demanda.

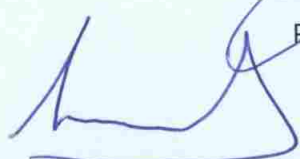
Décimo Segunda: Declarar INFUNDADA la décimo segunda pretensión, contenida en la ampliación de demanda.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.



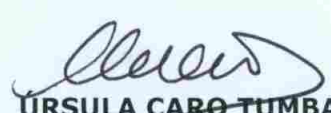
JUAN CARLOS RINTO ESCOBEDO

Presidente del Tribunal Arbitral



ROBERTO BENAVIDES PONTEX

Árbitro



URSULA CARO TUMBA

Árbitro