

024537



CARTA N° 031-2015-AU/MDSM-IG

LIMA, 02 de noviembre de 2015

Señores
Municipalidad Distrital de San Miguel
Calle Federico Gallese N° 370, San Miguel
Presente.-

Atención : Procurador Público de la Municipalidad San Miguel
Asunto : Remito Resolución N° 30-Laudo Arbitral.
Referencia : Expediente I151-2014.

De mi consideración:

Tengo a bien dirigirme a Ustedes, con relación al proceso arbitral de la referencia, relacionado a la controversia del Contrato s/n derivado de la Adjudicación Directa Pública N° 003-2011-CE/MDSM, "Contratación de bienes adquisición e instalación de un sistema de telefonía"; remito adjunto al presente el laudo arbitral emitido por el Arbitro Único, en cuarenta y un (41) folios.

Sin otro particular, quedo de Ustedes:

Atentamente

Nicanor Milton Gómez Zúñiga
Secretario Arbitral

42 folios



EXPEDIENTE ARBITRAL N° I151-2014

DEMANDANTE	Municipalidad Distrital de San Miguel, en adelante la Entidad.
DEMANDADO	ISI GROUP SAC, en adelante el Contratista.
TRIBUNAL ARBITRAL	Jhanett Victoria Sayas Orocaja.
SECRETARIO ARBITRAL	Nicanor Milton Gómez Zúñiga.
CONTRATO	022-2011

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 30

Lima, 30 de octubre de 2015

VISTOS:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL

CONTRATO

Con fecha 07 de junio de 2011, el Contratista y LA Entidad suscribieron el Contrato Adjudicación Directa Pública N° 003-2011-CE/MDSM, para la "Contratación Bienes: Adquisición e Instalación de un Sistema de Telefonía".

CONVENIO ARBITRAL

La cláusula Décimo Octava del Contrato establece expresamente lo siguiente:



“Cláusula Vigésima Tercera: Solución de Controversias

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

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo o inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.”

II. INSTALACIÓN Y APERTURA DEL PROCESO

DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO UNICO Y AUDIENCIA DE INSTALACIÓN:

1. Mediante el Oficio N° 879-2014-OSCE/DAA de fecha 11 de febrero de 2014, la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) comunicó a la Dra. Jhanett Victoria Sayas Orocaja, su designación como Árbitro Único, en mérito a la Resolución N° 038-2014-OSCE/PRE de fecha 07 de febrero de 2014, emitida a raíz del pedido de designación de árbitro que formuló La Entidad.
2. Mediante Carta de fecha 25 de febrero de 2014, dirigida a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, el Árbitro Único acepta su designación como Árbitro Único.
3. El 26 de marzo de 2014, con la presencia del Árbitro Único, Dra. Jhanett Victoria Sayas Orocaja y de la Dra. Natalia Berrocal Gonzales en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, así como de los señores Oswaldo Arturo Oblitas Centeno, Procurador Público Municipal en representación de la ENTIDAD, se procedió a llevar a cabo la Audiencia de Instalación, para resolver las controversias derivadas del contrato N° 022-2011, para la adquisición e instalación de



un sistema de telefonía, para las instalaciones del Nuevo Palacio Municipal de San Miguel.

4. En el numeral 22 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se otorgó a cada parte un plazo de 20 días, a fin de que cada una formule y conteste la demanda; y que cada parte al momento de ofrecer sus medios probatorios deberá identificarlos con claridad, así como señalar el número que le corresponde a cada uno de ellos a fin de facilitar su ubicación y la relación de éstos con los argumentos que se expongan.

MARCO LEGAL APPLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

En el numeral 7 del Acta de Instalación del Árbitro Único, se estableció que el arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas por las partes en el Acta de Instalación, la Ley, el Reglamento y las Directivas aprobadas por el OSCE. Supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje; en caso de insuficiencia en las reglas establecidas, el Árbitro Único, resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado mediante la aplicación de principios generales del derecho, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y el derecho de defensa de las partes.

III. DEMANDA ARBITRAL POR LA ENTIDAD

1. Con escrito de fecha 25 de abril de 2014, la ENTIDAD presenta su demanda, con las pretensiones y fundamentos que allí aparecen y que buscan que:

Pretensiones:

- a. Que, la empresa ISI GROUP SAC indemnice a la ENTIDAD con la suma de S/. 641,494.18 (seiscientos cuarenta y un mil cuatrocientos noventa y cuatro y 18/100 nuevos soles) por responsabilidad por vicios ocultos, lo cual comprende el daño emergente (S/. 252,897.60) y el lucro cesante (S/. 388,596.58),



más los intereses legales generados hasta el momento de su efectiva cancelación.

- b. Pago de las costas y los costos derivados del presente proceso, que comprenden los honorarios arbitrales y secretariales, así como todos los gastos efectuados por el incumplimiento de la emplazada.

Fundamentos de hecho:

1. En el año 2011, la Municipalidad de San Miguel inició el proceso de Adjudicación Directa Pública N° 003-2011-CE/MDSM, para la contratación de bienes, adquisición e instalación de un sistema de telefonía. De acuerdo a las especificaciones técnicas y requerimientos técnicos mínimos de sus bases integradas, la finalidad pública de este proceso era satisfacer las necesidades de comunicación de la Municipalidad Distrital de San Miguel y el público en general, brindando el mejor servicio personalizado con la correcta gestión de llamadas, tanto entrantes como salientes.
2. Con fecha 7 de junio de 2011, la Municipalidad Distrital de San Miguel celebró con la empresa ISI GROUP S.A.C., el contrato, cuyo objeto fue la prestación para la adquisición e instalación de un Sistema de Telefonía para las instalaciones del Palacio Municipal de San Miguel.
3. De acuerdo a la cláusula octava de dicho contrato el Contratista entregaría la Central Telefónica MATRIX conforme a las especificaciones técnicas que aparecen en su propuesta técnica y que se detallan en el contrato, así como entregaría las mejoras adicionales que se especifican en la cláusula siguiente del contrato. Su cláusula décimo primera dispuso que el contratista procedería a la instalación y configuración del producto, sin generar costo alguno a la Entidad y su cláusula décimo tercera que este procedería a la reposición del equipo que observa fallo o defecto en el plazo de un (01) día calendario de recibida la comunicación respectiva.

fm

4. De conformidad a su cláusula tercera, el monto de dicho contrato ascendía a S/. 252,897.60 (Doscientos cincuenta y dos mil ochocientos noventa y siete con 60/100) nuevos soles a todo costo, incluido IGV.
5. Finalmente, la cláusula décima octava del precitado contrato señala que la conformidad de recepción de la prestación por parte de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos. El plazo máximo de responsabilidad del contratista es de cinco años.
6. Mediante Memorando N° 265-2011 GEOP-GDU/MDSM, de fecha 15 de diciembre de 2011, el Subgerente de Estudios de Obras Públicas de la Corporación, Arq. Juan Rojas de la Cruz, emitió la conformidad de la prestación del servicio y autorizó a la Subgerencia de Logística para que proceda con el trámite para el pago correspondiente, por lo que con fecha 27 de diciembre de 2011 se le pagó la contraprestación al contratista, conforme se acredita con el Comprobante de Pago N° 0004098, así como las Facturas N° 002-0000065, 002-0000066 y 0000064.
7. Sin embargo, una vez concluido el contrato, habiéndole cancelado oportunamente a la demandada su servicio, este sistema empezó a presentar desperfectos a partir del mes de febrero del año 2012, tales como el bloqueo total de la Central Telefónica, cortes de las llamadas, usuarios que no escuchaban las llamadas, entre otros.
8. Mediante Memorándum N° 075-2012-SGI-GM/MDSM, de fecha 15 de febrero, el Sub Gerente de Informática de la Entidad, Ing. Lita Giovanna Mayta Ballón le solicitó al Subgerente de Logística, Sr. Jesús Bazán Yacunta y el Subgerente de Obras Públicas, Arq. Juan José Rojas de la Cruz, se sirva coordinar con la Empresa proveedora del equipamiento, instalación y configuración de la Central Telefónica a fin de que procedan a subsanar los problemas presentados con la operatividad de los equipos, así como los constantes problemas de comunicación entre los anexos, consistentes en:



- Perdidas constantes en la comunicación entre los anexos (teléfonos IP modelos Snom 870 y Snom 821).
 - Las llamadas entre anexos se cortan en promedio posterior al minuto de comunicación.
 - Interferencias constantes entre las llamadas.
 - Bloqueo constante del anexo 3321 asignado a la recepcionista principal.
9. Asimismo, respecto de los equipos, como el teléfono IP 3376 asignado a la Gerencia de Planificación y Presupuesto, se informó que la pantalla se encontraba en mal estado; asimismo, se refiere que existen las siguientes observaciones pendientes de atender:
- Instalación, configuración y capacitación de los terminales "D-link".
 - Instalación y configuración de terminales en las sedes anexas del edificio principal.
 - Entrega del software "Softphone".
 - Configuraciones adicionales en los anexos: fecha, hora, directorio completo, etc.
 - Implementación de consola de administración de llamadas para la recepcionista principal.
 - Capacitación para la configuración de los servicios adicionales que brinda la central telefónica (mensajes de bienvenida, grabación de mensajes, identificador de llamadas por anexo).
 - Configuración de anexos con número fijo asignado por el primero.
10. Mediante Carta N° 005-2012-SGL-GAF/MDSM, de fecha 17 de febrero de 2012, dichos desperfectos se pusieron en conocimiento del Contratista, requiriéndole la solución inmediata mediante la reparación del bien o, de ser el caso procedan, con su reemplazo en el más breve plazo, pues esta situación venía generando una serie de inconvenientes en la comunicación.
11. Con Memorándum N° 136-2012-SGI-GM/MDSM, de fecha 12 de marzo de 2012, emitido por la Subgerencia de Informática y de sus anexos (correos electrónicos enviados por esa Subgerencia a
-

ISI GROUP donde se comunican las ocurrencias presentadas, así como un cuadro detallado de las incidencias presentadas en la Central Telefónica), una vez recibida la documentación pertinente con las observaciones y desperfectos mencionados, habiendo tal Subgerencia efectuado todas las coordinaciones técnicas correspondientes, agotando toda la vía de comunicación y coordinación en el ámbito técnico, el Contratista no brindó la solución al problema, continuando los cortes frecuentes en la comunicación interna y externa.

12. Sin embargo, lejos de aceptar su responsabilidad y proceder a solucionar los respectivos desperfectos la demandada envió el 16 de marzo de 2012 la Carta RP-22-2012 en la que niegan todo desperfecto, señalando que han verificado de manera presencial que no ocurren cortes constantes en la comunicación entre anexos sino que estos suceden de manera aislada; que las llamadas no se cortan en promedio posterior al minuto de comunicación; que no existe interferencia constante de llamadas; que el anexo 3321 no presentaba bloqueo de equipo y que se debía reportar los problemas de equipo por conducto regular a fin de realizar la revisión y de ser necesario ejecutar la garantía y que las observaciones que están pendientes no se encuentran solicitadas de acuerdo al proceso de selección. Recomendando contratar a personal técnico a tiempo completo dedicado a la central telefónica, porque, supuestamente, los desperfectos son responsabilidad al mal uso o desconocimiento del usuario de las funciones básicas y avanzadas de los teléfonos.
13. El Contratista mediante Carta RP-25-2012, de fecha 16 de marzo de 2012, dejan constancia de los acuerdos a que había llegado en la reunión realizada el mismo día, que conforme a dicha empresa, eran los siguientes:
 - Se procederá a hacer el cambio de la central Matrix ofertada programado para el día 22 de marzo.
 - Una vez realizado el cambio de la central Matrix se pondrá de inmediato el monitoreo 7 X 24, el mismo que se pondrá en funcionamiento en un equipo de cómputo propiedad de la demandada durante 15 días. Cabe resaltar que en este

periodo la demandada levantó varias actas de atención que adjuntamos a la demanda en la que se puede observar que nunca se resolvieron los desperfectos reportados.

- Se procederá a comunicar al departamento de logística las acciones realizadas cada 2 días.
 - Es mandatorio que se resuelvan los problemas en los enlaces troncales E1 del proveedor de Telefónica. Cabe indicar que con fecha 23 de marzo de 2012 Telefónica procedió a verificar dicha troncal, reportando que se encuentra operativa. A pesar de ello, el mismo día, sin autorización efectuaron la desconexión de dicha troncal, lo que trajo como consecuencia que no se puedan realizar llamadas al exterior.
14. Como se menciona, el 22 de marzo de 2012, ISI GROUP realizó el cambio de la central telefónica instalada, no observándose al 23 de marzo ninguna solución a los problemas reportados, como puede verse del Informe N° 034-2012-SGI-GM/MDSM, de fecha 23 de marzo de 2012, emitido por la Sub Gerente de Informática de nuestra institución, Ing. Lita Giovanna Mayta Ballón.
15. Posteriormente, mediante Carta RP 26-2012, de fecha 29 de marzo de 2012, ISI GROUP informó que los resultados preliminares mostraban que la central no tenía defectos, pero que como el cambio fue inmediato a solicitud de la Entidad no hubo tiempo para que terminaran las pruebas y que la Municipalidad no realizó las pruebas correspondientes para detectar problemas internos, los que podrían estar causando un mal funcionamiento de sus equipos, alegando que hay factores externos que repercuten en el mal funcionamiento del sistema que han instalado, como las líneas telefónicas de los clientes que se comunican y las líneas telefónicas contratadas por la Entidad.
16. La empresa demandada en forma incoherente e inconsistente con su accionar y la realidad de los hechos ha negado toda responsabilidad, señalando que era culpa de las redes y de las líneas telefónicas de la Entidad, y que ello, repercutía en el mal funcionamiento de la central, carente de veracidad porque la red



se encuentra apta para soportar el tráfico de voz y datos sin ningún inconveniente.

17. Como los problemas persistían, como puede verse además de los memorándums, informes y reportes de las incidencias que se acompaña a la demanda, se solicitó los informes periciales, comprobándose la total responsabilidad de ISI GROUP. Tales informes son detallados a continuación:
- a) El Informe pericial de fecha 2 de mayo de 2013, elaborado por el Ingeniero de Sistemas Santos Camarena Ames, con Registro CIP Nº 72381, cuyo objetivo es determinar si los puntos de procesamiento en la infraestructura de voz y datos de la Municipalidad Distrital de San Miguel se están cumpliendo de acuerdo a las bases estándar de adjudicación directa pública para la contratación de bienes, que tiene las conclusiones que se transcribe a continuación:
- **“IV. 1.** Se ha demostrado que los equipos de interconexión (Switchs) cuentan con el soporte tecnológico adecuado y presentan una configuración óptima y acorde con los estándares para el mejor desempeño del servicio VOIP, aún con estas mejoras el servicio de VOIP originario de la central telefónica presenta deficiencias.
 - **IV.2.** Se ha demostrado que la red de datos y voz de la municipalidad de san miguel utiliza vlan (red virtual lan) con lo cual se optimiza tanto el factor de seguridad y la disminución del tráfico en la red, aun así presenta deficiencias en el servicio de VOIP provenientes de la central telefónica.
 - **IV.3.** se ha demostrado que los 52 puntos de red certificados los cuales si cumplen con los estándares ANSI/TIA/EIA-568-B.2-1, ofreciendo una velocidad de transmisión de 1 gigabit, características suficientes para ofrecer un buen servicio VOIP, y aun así el servicio de VOIP presenta deficiencias.
 - **IV.4.** Se ha probado que si los equipos de interconexión (Switchs administrables) está en estado óptimo de

configuración, la existencia de redes virtuales (VLANS) que disminuyen el tráfico de red y que los puntos de red su cumplen con los estándares gigabit (1GB/S), estándar recomendado para el uso del servicio VOIP, entonces se concluye que las deficiencias y ocurrencias generados en el tráfico de VOIP son generados por la central VOIP de la Municipalidad Distrital de San Miguel”.

- b) El informe pericial de fecha 8 de abril de 2013, elaborado por el Ingeniero de sistemas Rubén Arturo Busta Arroyo, CIP N° 44242, cuyo objetivo es el Estudio de la topología de red, el tráfico de paquetes y el consumo de ancho de banda de la central telefónica (VOIP) marca Matrix Eternity GE 12 S contratada por la Municipalidad Distrital de San Miguel para determinar su operatividad y rendimiento.”, que concluye categóricamente que:
- **“VI. 1.** Se ha demostrado que la central telefónica VOIP matrix eternity G125 en situaciones de alto tráfico de información, cuando el ancho de banda se satura la central telefónica no puede soportar dicha demanda de tráfico, mas esta situación no sucede con el tráfico de datos, razón por la cual en esta situación de saturación se produce cortes y caídas en el tráfico de voz.
 - **VI. 2.** Se ha demostrado que la central telefónica VOIP Matrix Eternity G125, por cada tarjeta VOIP solo puede ofrecer 32 llamadas simultaneas cuando las llamadas son entrantes y salientes hacia el externo del local municipal, pero cuando se realiza una demanda de comunicación interna la central solo podrá abastecer 16 llamadas internas.
 - **VI.3.** Se ha demostrado que la configuración realizada en la central telefónica VOIP Matrix Eternity G125, no presenta una configuración óptima con respecto al manejo de los CODECS, utilizando CODECS de menor rendimiento (G.711) y que saturan el ancho de banda de la infraestructura de datos de la institución. Se configuró



la central telefónica para que funcione con el CODEC G.729 encontrándose una mejora de tráfico-

- **VI.4.** Se ha demostrado que la central telefónica VOIP Matrix Etenity G125, no es una central de alto rendimiento y que ofrece facilidades de servicio tanto en su instalación, configuración y actualización de nuevas versiones al no contar con canales adecuados de atención al cliente como se puede apreciar en compañías que ofrecen productos del mismo campo otros proveedores (SAMSUNG, AVAYA, NORTEL, ETC.) dichas deficiencias limitan la vida útil, la operatividad, la eficiencia y el tiempo del servicio del equipo."
- c) El Informe pericial de fecha 8 de abril de 2013, elaborado por el Ing. Rubén Arturo Basta Arroyo, con colegiatura N° 44242, cuyo objeto es determinar el cumplimiento de las características técnicas acordadas en el contrato de adjudicación directa pública, en la propuesta técnica emitida por ISI Group, en las bases de adjudicación directa pública, para la adquisición e instalación de un sistema de telefonía (VOIP) en la Municipalidad, concluye tajantemente que:
 - Existe incumplimiento por defecto entre lo ofrecido por ISIGROUP con respecto a la Matriz fabricante de la Central Matrix Eternity GE125, según se visualiza en la Propuesta Técnica de fecha 14 de abril del 2011 hoja foliada como 000209 Cuarto Párrafo se observa "...La ETERNITY GE está pensado para empresas de hasta 240 usuarios..." entonces de esta información se verifica que dicho equipo solo puede cubrir el servicio de 240 usuarios y que dicha plataforma no podrá SOPORTAR hasta 500 anexos telefónicos tal como está estipulado en las bases del concurso.
 - Existe incumplimiento por exceso de licencias SIP, teniendo en cuenta que solo se adjuntaron a la central 4 tarjetas VoIP se ofrecieron 98 SNOM 821, 9 SNOM870, 5 licencias software para PC y 4 teléfonos Linksys, eso da un total de 116 usuarios potenciales para la Central,



cuando ISIGROUP anexa a la central 4 Packs de licencia para 50 usuarios SIP, lo que da un total de 200 licencias SIP, existiendo un exceso de 84 licencias SIP.

- Existe incumplimiento por defecto, se ha verificado que no fue instalado y/o configurado el sistema de Buzón de Voz (VMS16 Voz Mail Sistem), así como la puesta en funcionamiento de este sistema en la Central Matrix Eternity.
 - Existe incumplimiento por defecto, se ha verificado que no fue instalado y/o configurado el software para PC o portátiles (SOFTPHONE), así como documentación que indique que las 5 licencias ofrecidas estuvieron en funcionamiento." (el resaltado es nuestro)
18. Por dichas razones, la Entidad interpone las acciones pertinentes, en resguardo de los intereses de los vecinos de San Miguel, puesto que la empresa ISI GROUP no brindó la respectiva solución a los problemas de comunicación de la Entidad, generando un enorme perjuicio, al impedir que se tenga una adecuada comunicación, tanto entre los anexos del edificio municipal como con los exteriores.
19. En efecto, los desperfectos mencionados son defectos o vicios ocultos que no permiten desarrollar de manera adecuada el objeto del contrato. La demandada incumplió con su obligación de entregar un bien en un estado apto que sirviera para la finalidad por la cual se adquirió.
20. La responsabilidad por vicios ocultos de la empresa ISI GROUP ha quedado acreditada, habiéndose determinado mediante peritaje de parte suscrito por el perito judicial Jenner Francisco Alegre Elera, con Registro Profesional CEL N° 2654, el quantum indemnizatorio en S/. 641,494.18, correspondiendo S/. 252,897.60 al daño emergente y S/. 388,596.58, al lucro cesante

Medios probatorios de la demanda:



1. Copia de la Resolución de Alcaldía N° 725-2011, designando en las funciones de Procurador Público Municipal de la Municipalidad de San Miguel.
2. Copia las bases integradas del proceso del Proceso de Selección de "Adjudicación Directa Pública N° 003-2011-CE/MDSM".
3. Copia del contrato.
4. Copia del Memorando N° 265-2011GEOP-GDU/MDSM, de fecha 15 de diciembre de 2011.
5. Copia del Comprobante de Pago N° 0004098 por el importe de S/. 252,897.60.
6. Copia de la Factura N° 002-0000065 de fecha 05/07/2011 emitida por Isi Group por S/. 194,874.24.
7. Copia de la Factura N° 002-0000066 de fecha 05/07/2011 emitida por Isi Group por S/. 1663.80.
8. Copia de la Factura N° 002-0000064 de fecha 05/07/2011 emitida por Isi Group por S/. 56,359.56.
9. Copia del Memorándum N° 075-2012-SGI-GM/MDSM, de fecha 15 de febrero.
10. Copia de la Carta N° 005-2012-SGL-GAF/MDSM, de fecha 17 de febrero de 2012.
11. Copia del Memorándum N° 136-2012-SGI-GM/MDSM y sus anexos, de fecha 12 de marzo de 2012.
12. Copia de la Carta CAT-RP-22-2012, de fecha 16 de marzo de 2012, enviada por Isi Group.
13. Copia de la Carta RP-25-2012, de fecha 16 de marzo de 2012, enviada por Isi Group.
14. Copia de la Carta CAT-RP 26-2012, de fecha 23 de marzo de 2012, enviada por Isi Group.
15. Copia del Informe N° 034-2012-SGI-GM/MDSM, de fecha 23 de marzo de 2012.
16. Copia del Informe N° 037-2012-SGI-GM/MDSM, de fecha 23 de marzo de 2012.
17. Copia del Informe N° 042-2012-SGI-GM/MDSM, de fecha 3 de abril de 2012.
18. Copia del Informe N° 043-2012-SGI-GM/MDSM y anexos, de fecha 3 de abril de 2012.
19. Copia del Informe N° 010-2012-APC-SGI/MDSM, de fecha 17 de abril de 2012.



20. Copia del Informe N° 047-2012-SGI-GM/MDSM y anexos, de fecha 20 de abril de 2012.
21. Copia del Memorándum N° 212-2012-SGI-GM/MDSM y anexos, de fecha 23 de abril de 2012.
22. Copia del Informe N° 049-2012-SGI-GM/MDSM y anexos, de fecha 27 de abril de 2012.
23. Copia del Memorándum N° 243-2012-SGTIC-GM/MDSM, de fecha 14 de mayo de 2012.
24. Copia del Informe N° 016-2012-APC-SGTIC/MDSM, de fecha 17 de mayo de 2012.
25. Copia del Informe N° 060-2012-SGTIC-GM/MDSM y anexos, de fecha 18 de mayo de 2012.
26. copia del Informe N° 184-2012-SGEOP-GDU/MDSM, de fecha 4 de mayo de 2012.
27. Copia del Informe Pericial de fecha 2 de mayo de 2013 y sus anexos, elaborado por el Ingeniero de Sistemas Santos Camarena Ames.
28. Copia del Informe Pericial de fecha 8 de abril de 2013 y su anexos, elaborado por el Ingeniero de sistemas Rubén Arturo Busta Arroyo.
29. Copia del Informe Pericial de fecha 8 de abril de 2013 y sus anexos, elaborado por el Ing. Rubén Arturo Basta Arroyo.
30. Copia del peritaje de parte de fecha 19 de agosto de 2013 y sus anexos, elaborado por el perito judicial Jenner Alegre Elera.
31. Expediente de Contrataciones.

IV. DE LA EXCEPCIÓN PRESENTADA POR EL CONTRATISTA

1. Por escrito de fecha 29 de mayo de 2014, el Contratista formuló excepción de prescripción, en los siguientes términos:
 - La accionante invocando las normas nacionales plantea su demanda peticionando una indemnización por daños y perjuicios para lo cual se señala que ese derecho a peticionar una indemnización es caduca por así establecerlo la norma nacional específica (Derecho Civil) respecto al derecho a la indemnización ya que desde la fecha de la última prestación a la iniciación de la demanda en sede arbitral han transcurrido más de dos (02) años



(Culminación del contrato 15 Diciembre 2011) sin haber mediado requerimiento válido que suspenda el plazo prescriptorio y sin que exista renuncia alguna a la prescripción de la acción indemnizatoria por nuestra parte.

- Consecuentemente la demandante no puede accionar (vía indemnización) después de haber caducado su derecho a accionar. Distinto es el caso que haga valer su derecho por la vía de la acción de cumplimiento de contrato o similar que debió plantear

V. CONTESTACION DE LA DEMANDA POR EL CONTRATISTA

Con escrito de fecha 29 de mayo de 2014, el Contratista contestó la demanda arbitral formulada por la Entidad, en los siguientes términos:

1. La demanda argumenta en su punto 3 de sus fundamentos que el contratista entregaría la Central telefónica MATRIX conforme a las especificaciones técnicas que aparecen en el contrato y ello se ha cumplido a cabalidad, con todas sus obligaciones contractuales tal como se ha acreditado de las actas de conformidad que forman parte integrante del expediente de contratación que se ofrece como medio probatorio y se señala como ofrecido en la sección medios de pruebas ofrecidos para encontrar la verdad de todos los hechos y documentos que tiene la obligación de presentar la demandante ya que es ella quien tiene el deber de custodiar el expediente de contratación completo.
2. En el numeral 7 y 8 de los fundamentos de la demanda la Municipalidad argumenta que en febrero 2012 (dos meses después de culminado el contrato) se presentaron desperfectos tales como bloqueo total de la central telefónica, cortes de llamadas, usuarios que no escuchaban las llamadas, para lo cual se señala que las afirmaciones son totalmente falsas por lo siguiente:
 - Después de dos meses debe acreditarse qué tipo de mantenimiento se le ha dado a estos equipos ya que son altamente sensibles y de constante observación en su mantenimiento por ello no se puede garantizar si su operatividad



sea la óptima, si alguna persona conocedora de esta tecnología o como encargados de su mantenimiento, La municipalidad no ha demostrado cual ha sido su protocolo de mantenimiento ni que persona está destinada a encargarse del mantenimiento de estos equipos tecnológicos que requieren de estos menesteres.

- También argumenta que existían cortes de llamadas, usuarios que no escuchaban las llamadas todo ello contextualizado en el espacio de tiempo señalado por ellos (dos meses después de la culminación del contrato).
 - No obstante esta explicación el Contratista cumplió con atender los requerimientos de la Municipalidad sin encontrar falla alguna en los equipos en todas las visitas de inspecciones que se realizaron in situ. Al contrario se encontró que los usuarios no operaban correctamente los equipos ya que en el momento de inspección todo funcionaba perfectamente y así se dejó en actas que se adjuntan en este acto a su despacho. Por ello la Municipalidad debe exhibirlos por ser documentos de carácter público y en custodia de la Municipalidad.
 - Las afirmaciones de mal funcionamiento de los equipos son solo una afirmación de parte no constatada ni verificada formalmente con la empresa proveedora.
3. En el numeral 9 de los fundamentos de la demanda la Municipalidad argumenta que encuentra pendientes de atender: Instalación, configuración y capacitación de terminales “D'link”; Instalación y capacitación de terminales en las sedes anexas de edificio principal; configuraciones adicionales en los anexos: fecha, hora, directorio completo etc; Implementación de consola de administración de llamadas; todo ello no es parte de las obligaciones del contratista, no se le ha entregado terminales “D'link”, porque se trabaja con otras marcas, se ha brindado capacitación para la configuración de los servicios adicionales que brinda la central telefónica y eso se puede constatar del mismo expediente de contratación.

Con estas afirmaciones de que se ha realizado adicionales no estipulados y al ser reconocidos por la Municipalidad, abre la posibilidad

fl

de reclamar por los adicionales entregados y no cancelados a favor de la contratista.

4. En el punto 14 se acredita que existieron requerimiento de cambio y atención y en ese mismo punto se acredita que se ha cumplido con tales requerimientos así mismo en el punto 15, la Entidad acredita que se ha cumplido con el cambio pero pese a que se le instaló una central telefónica nueva los defectos persistían eso acredita que el problema en sus comunicaciones no se debía a los equipos, ni instalación sino a otros factores que se detalla a continuación:
 - Este tipo de comunicación no es como la telefonía común este tipo de comunicación se desplaza a través de redes que son también usadas por otros equipos que no son administrados por el Contratista, es decir los usuarios de esa misma red pueden ser computadores, ordenadores y todo clase de equipos que la Municipalidad los utiliza en red y pueden tener muchas aplicaciones, esto puede generar una carga excesiva en la red y causar los posibles cortes que mencionaban, el problema no es la red si no quien y como se está administrando esa red cabe la pregunta si hay un alto tráfico en la red quien debe manejar esa congestión y como lo hace la municipalidad no ha demostrado que tenga algún protocolo de manejo y administración de esa red.
5. Uno de los peritos ha dicho que en situaciones de alto tráfico de información cuando el ancho de banda se satura la central telefónica no puede soportar dicha demanda y se producen cortes y caídas en el tráfico de voz. Aquí cabe lo explicado líneas arriba como se está controlando ese tráfico la municipalidad, por ello se debe hacer su descarte para encontrar soluciones en la saturación de su ancho de banda ya que si esa es la causa de los cortes y caídas de las llamadas se evidencia que la central no es la que falla.
6. En otro punto del peritaje se hace la recomendación de que las marcas Samsung, Avaya Nortel serían mejores pero eso no es problema ya que la Municipalidad es la que elige la Marca Matrix y el contratista no fabrica Matrix por ello mal podría hablarse de vicios ocultos.



7. Para muestra de que los peritajes son una burla a la justicia dicen que en el presente caso existe incumplimiento por exceso, para el derecho y la razón lo recibido en exceso no causa perjuicio y menos es pasible de sanción al contrario acredita al buena fe en los negocios y la posibilidad de reclamar por los adicionales no cobrados:

Medios probatorios de la contestación de la demanda:

1. Copia de las Actas de atención central telefónica MDSM.
2. Copia Carta CAT-045-2012.

VI. ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN Y ABSOLUCIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Con escrito de fecha 16 de junio de 2014 la Entidad absolvió el traslado de la excepción de prescripción formulada por el Contratista, manifestando lo siguiente:

- Que la Cláusula Vigésima Segunda del contrato señala expresamente que sólo en lo no previsto en el contrato, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, directivas del OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, se utilizarán las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes.
- Que en los contratos en los que interviene una entidad del Sector Público, se aplica supletoria y no específicamente el Código Civil como erróneamente menciona la demandada.
- Que para efectos del plazo prescriptorio se aplica lo previsto en el propio contrato y la normativa nacional sobre contratación pública.
- Que la Cláusula Décimo Octava del Contrato señala expresamente: "La conformidad de recepción de la prestación por parte de la ENTIDAD no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos, conforme a lo dispuesto por el artículo 50º de la Ley (Ley de Contrataciones del Estado). El plazo máximo de responsabilidad del contratista es de cinco años y el mencionado artículo 50º de la Ley de Contrataciones del Estado señala literalmente que "El Contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad, de lo cual se desprende que se promovió el presente proceso, sobre responsabilidad por vicios

ocultos dentro del plazo previsto en el contrato y en la referida Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, en el primer otrosí digo de su escrito de fecha 16 de junio de 2014 la **Entidad absolvio el traslado de la contestación de la demanda**, manifestando lo siguiente:

- La demandada pretende eludir su responsabilidad argumentando que es falso que en febrero de 2012 se presentaron desperfectos tales como bloqueo total de la central telefónica, cortes de llamadas, usuarios que no escuchaban las llamadas puesto que debemos acreditar que tipo de mantenimiento se le ha dado a los equipos.
- La demandada no niega tales desperfectos, sino que pretende responsabilizarnos por un supuesto mantenimiento especializado que le debíamos dar a la central telefónica.
- La empresa ISI GROUP es la responsable de los múltiples desperfectos del sistema de telefonía fija que le compramos y nos instalaron.
- Dichos desperfectos son defectos o vicios ocultos que no permiten desarrollar de manera adecuada el objeto del contrato y ha quedado demostrado que tales desperfectos son responsabilidad únicamente de la demandada, por lo que tiene que responder por los daños y perjuicios que nos ha ocasionado, cuya cuantía se ha determinado en el peritaje de parte que presentamos con la demanda, la que asciende a S/. 641,494.18 correspondientes S/. 252,897.60 al daño emergente y S/. 388,596.58 al lucro cesante.

VII. AUDIENCIA DE CONCILIACION Y PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. Con fecha 10 de setiembre de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de determinación de Puntos Controvertidos y admisión de medios probatorios.
2. El Árbitro Único procedió a declarar saneado el proceso y determinó como puntos controvertidos lo siguiente:



- a. **Primer punto controvertido.**- Determinar si corresponde o no declarar que la Empresa ISI GROUP SAC, es responsable de los vicios ocultos del servicio materia del Contrato de “Contratación de bienes de adquisición e instalación de un sistema de telefonía”.
- b. **Segundo punto controvertido.**- Determinar si corresponde o no que la Empresa ISI GROUP SAC indemnice a la Municipalidad Distrital de San Miguel con la suma de S/. 641,494.18 (Seiscientos cuarenta y un mil cuatrocientos noventa y cuatro con 18/100 nuevos soles) por los daños y perjuicios generados por los vicios ocultos del servicio objeto del mencionado Contrato, comprendiendo la suma de S/. 252,897.60 por daño emergente y la suma de S/. 388,596.58 por lucro cesante, más los intereses legales generados hasta su cancelación.
- c. **Tercer punto controvertido.**- Determinar a quién corresponde asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral:

VIII. ALEGATOS

- 1. El 15 de abril de 2015, la Entidad presentó su escrito de alegatos finales.
- 2. El 28 de abril de 2015, el Contratista presentó su escrito de alegatos finales.
- 3. El 16 de junio de 2015, la Entidad presentó su escrito de alegatos finales de carácter técnico.
- 4. El 16 de junio de 2015, el Contratista presentó su escrito de alegatos finales de carácter técnico.

IX. AUDIENCIA DE INFORME ORAL

- 1. Con fecha 15 de abril de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, otorgándose a las partes el plazo de diez (10) días hábiles, para la presentación de información adicional relacionado al presente proceso.
- 2. Con fecha 09 de junio de 2015, se llevó a cabo la Audiencia especial sobre aspectos técnicos relacionados a la materia en controversia,

fjt

contando con la presencia de los peritos de la parte demandante y demandada.

X. AUDIENCIA ESPECIAL

Con fecha 09 de junio de 2015, se llevó a cabo la Audiencia Especial, la misma que tuvo por finalidad dilucidar aspectos técnicos relacionados a la materia en controversia, en cuyo acto participaron por parte de LA ENTIDAD: El Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo en calidad de perito y por parte del CONTRATISTA: El Sr. Rafael Eduardo González Otoya Barrera.

XI. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN, PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Respecto a la Excepción de Prescripción:

Considerando que EL CONTRATISTA formuló Excepción de Prescripción mediante su escrito de fecha 29 de mayo de 2014, el mismo que fue absuelto por la Entidad con escrito de fecha 16 de junio de 2014, corresponde que previo a emitir pronunciamiento sobre los puntos controvertidos a que se refieren los escritos de demanda y contestación de demanda formulados por las partes, el Árbitro Único se pronuncie resolviendo la excepción planteada, conforme sigue a continuación:

EL CONTRATISTA alega que desde la fecha de la última prestación a la iniciación de la demanda en sede arbitral han transcurrido más de dos años (culminación del contrato 15 de diciembre de 2011) sin haber mediado requerimiento válido alguno que suspenda el plazo prescriptivo y sin que exista renuncia alguna a la prescripción de la acción indemnizatoria de su parte, por lo que considera que la demandante no puede accionar vía indemnización después de haber caducado su derecho de accionar.

LA ENTIDAD por su parte manifiesta que el marco legal del contrato es la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento por lo que el Código Civil sólo aplica de manera supletoria. En ese orden de ideas manifiesta que la Cláusula Décimo Octava del contrato señala expresamente que la conformidad de recepción por la ENTIDAD no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos, conforme lo dispone el artículo



50º de la Ley de Contrataciones del Estado, siendo el plazo máximo de responsabilidad de cinco (05) años y por un plazo no menor de un año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

Análisis del Árbitro Único:

CONSIDERANDO:

Que, de los argumentos esgrimidos tanto por LA ENTIDAD como por EL CONTRATISTA, corresponde analizar los mismos a la luz del marco normativo aplicable a los Contratos del Estado, para lo cual se tendrá en consideración los dispuesto en el Artículo 5º de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que establece la prevalencia de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables, siendo por tanto este el orden normativo en base al cual corresponde analizar la presente materia, por lo que la aplicación del Código Civil sólo es de manera supletoria.

Que, al estar referida la materia controvertida a reclamo por vicios ocultos e indemnización por dicha causal, corresponde tener en consideración lo dispuesto en el numeral 52.2 del Artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que establece que para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, el plazo de caducidad es el que se fije en función del Artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, y se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. Siendo que el Artículo 50º antes referido establece que el plazo de responsabilidad del CONTRATISTA por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos es no menor a un (01) año, contado a partir de la conformidad otorgada por LA ENTIDAD, lo cual concordado con lo dispuesto en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Adquisición de Bienes – Adquisición e Instalación de un Sistema de Telefonía – ADP N°003-2011-CE/MDSM suscrito por las partes con fecha 07 de junio de 2011, se tiene que el plazo máximo de responsabilidad del CONTRATISTA es de cinco (05) años.

Que, dicho esto, considerando que el acto que determina el cómputo de plazos de responsabilidad del Contratista es la fecha en que fue otorgada la Conformidad, se advierte que la Conformidad fue otorgada por LA ENTIDAD mediante Memorando N° 265-2011-GEOP-GDU/MDSM de fecha 15 de

fl

diciembre de 2011, conforme se advierte del ANEXO 3E del escrito de demanda, por consiguiente considerando que el plazo de responsabilidad del CONTRATISTA es no menor de un (01) hasta cinco (5) años, el plazo de responsabilidad del CONTRATISTA fenece el 15 de diciembre del año 2016, ello implica que LA ENTIDAD se encuentra facultada a formular reclamo por vicios ocultos y la consiguiente indemnización por ello, hasta dicha fecha. Por tanto, advirtiéndose que la demanda de LA ENTIDAD fue presentada con fecha 25 de abril de 2014, esto es, mucho tiempo antes del vencimiento del período de responsabilidad del CONTRATISTA no ha operado prescripción ni caducidad alguna al respecto, por lo que corresponde declarar **INFUNDADA la excepción de prescripción propuesta por EL CONTRATISTA.**

Dilucidado este extremo de la pretensión del CONTRATISTA, el Árbitro Único se encuentra facultado a emitir pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda conforme sigue a continuación:

1. Respecto al primer punto controvertido:

“Determinar si corresponde o no declarar que la Empresa ISI GROUP SAC, es responsable de los vicios ocultos del servicio materia del Contrato de “Contratación de bienes de adquisición e instalación de un sistema de telefonía”.

Análisis del Árbitro Único:

CONSIDERANDO:

Que, la materia a que se refiere la presente pretensión, está referida a vicios ocultos, corresponde entonces previamente determinar que son los vicios ocultos en el marco normativo de las contrataciones del Estado, para lo cual se cita en primer término, lo expresado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, al respecto: *“los vicios ocultos se presentan cuando la prestación adolece de defectos cuya existencia es anterior o concomitante al momento en el que la Entidad emite la conformidad y que no pudieron ser detectados en dicha oportunidad, siempre que dichos defectos no permitan que el bien, servicio u obra sea empleado de conformidad con los fines de la contratación”*¹. Asimismo, con relación al procedimiento a seguir para la

¹ Opinión N° 017-2015/DTN

Los vicios ocultos se presentan cuando la prestación adolece de defectos cuya existencia es anterior o concomitante al momento en el que la Entidad emite la conformidad y que no pudieron ser detectados en dicha oportunidad, siempre que dichos defectos no permitan que el bien, servicio u obra sea empleado de conformidad con los fines de la contratación.

La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto el procedimiento que se debe seguir a efectos de formular el reclamo por vicios ocultos; no obstante ello, la Entidad, antes del vencimiento

determinación de responsabilidad por los vicios ocultos, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en la misma Opinión Nº 017-2015/DTN ha expresado lo siguiente: *“La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto el procedimiento que se debe seguir a efectos de formular el reclamo por vicios ocultos; no obstante ello, la Entidad, antes del vencimiento de los plazos de responsabilidad, debe comunicar al contratista que la prestación ejecutada adolece de presuntos vicios ocultos con la finalidad que este asuma la responsabilidad que el caso amerite o exponga y sustente los argumentos que estime pertinentes.”*

Que, asimismo en la doctrina jurídica encontramos que refiriéndose a los vicios ocultos, el Dr. Manuel De la Puente y Lavalle² los define del siguiente modo: *“...pues la doctrina es unánime al considerar que ellos se presentan cuando el bien, cuya propiedad, uso o posesión se transfiere, tiene defectos o imperfecciones, que no se revelan por su examen y que afectan su utilización por el adquirente”.*

Que, en igual sentido, Mario Castillo Freyre³, al referirse al tratamiento que le da el Código Civil a los vicios ocultos señala lo siguiente: *“La Exposición de Motivos del Código Civil, vincula la noción de vicio oculto a la existencia de deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquirente a su adecuada utilización. La buena o mala fe del transferente no afecta en nada a la calificación del defecto como causa de saneamiento.”*

Que, igualmente Horacio Cánepe Torre⁴, señala *“...que el vicio o defecto debe entenderse como una anomalía o imperfección en la cosa, que impida al adquirente destinarla a la finalidad de su adquisición prevista por el adquirente al momento de celebrar el contrato”.*

Que, por lo tanto, a la luz de lo expresado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en la Opinión Nº 017-2015/DTN y conforme a la doctrina jurídica antes citada, se tiene que los elementos o requisitos para que un determinado defecto del bien o servicio sea considerado vicio oculto y se determine la existencia de responsabilidad del CONTRATISTA respecto a

de los plazos de responsabilidad, debe comunicar al contratista que la prestación ejecutada adolece de presuntos vicios ocultos con la finalidad que este asuma la responsabilidad que el caso amerite o exponga y sustente los argumentos que estime pertinentes.

² **De La Puente y Lavalle, Manuel.** En. El Contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV, segunda parte, Tomo VI, página 418.

³ **Castillo Freyre, Mario.** El Arbitraje en la Contratación Pública. Volumen 7, Editorial Palestra, páginas 98.

⁴ **Cánepe Torre, Horario.** El Saneamiento por vicios ocultos en la contratación civil y estatal. F.M. Servicios Gráficos, Lima 2007, página 60.



ello, son los siguientes: i) Que los vicios sean coetáneos o posteriores a la enajenación del bien, iii) Que los vicios sean ocultos, ii) Que los vicios sean graves y iii) Que el Contratista haya sido emplazado formalmente por la ENTIDA por los vicios ocultos imputados. En este sentido, el vicio para que sea considerado vicio oculto y genere obligación de saneamiento a favor del adquirente, debe tener un origen anterior o contemporáneo a la época de la enajenación del bien, es decir, debe preexistir al momento de la adquisición o aun siendo posterior, siguiendo una diligencia ordinaria y necesaria según lo requiera la mayor o menor complejidad del bien objeto de adquisición, no haya podido ser percibida por el adquirente, esto es, que no sea aparente ni ostensible, de modo tal que no fueren conocidos por el adquirente ni pudieran serlo y además sea de tal magnitud que provoque que el bien no pueda ser utilizado para el fin para el cual fue adquirido y que para que genere responsabilidad indemnizatoria del CONTRATISTA este haya sido emplazado previamente por dichos vicios.

Que, en este orden de ideas, corresponde determinar si en el caso bajo análisis se han configurado o no los requisitos o elementos que hacen que los defectos advertidos por LA ENTIDAD constituyan un vicio oculto indemnizable por EL CONTRATISTA; para lo cual se procede a analizar las alegaciones formuladas por las partes, así como los medios probatorios que han sido aportados a lo largo del presente proceso arbitral, conforme sigue a continuación:

❖ En cuanto a la **fecha en que se produjo la enajenación del bien o mejor dicho la adquisición**, se advierte que ello se encuentra delimitado por el documento denominado "Acta de Recepción de Bienes para el Sistema de Telefonía para el nuevo palacio municipal" de fecha 15 de setiembre de 2011 (Folio 707 del Expediente de Contratación presentado por LA ENTIDAD mediante Escrito S/N de fecha 02.10.2014) suscrito por el Encargado de Almacén y por el Subgerente de Estudios y Obras Públicas de la ENTIDAD, en cuyo documento dejan constancia que han recepcionado la totalidad de los bienes adquiridos para el Sistema de Telefonía para el Nuevo Palacio Municipal de acuerdo a la Orden de Compra N° 0000820-2011, los mismos que serán evaluados por la Subgerencia de Informática para su instalación; así como por el Memorándum N° 265-2011-GEOP-GDUMDSM de fecha 15 de diciembre de 2011 (Anexo 3-E de la demanda) suscrito por el Subgerente de Estudios y Obras Públicas de la ENTIDAD, a través del cual se deja constancia del suministro de bienes para el sistema de telefonía y la instalación de la misma, a satisfacción de la ENTIDAD sin observación u objeción a la calidad, cantidad u operatividad alguna, por lo que es a través de este último documento que queda acreditado el momento en que LA ENTIDAD tuvo por recibido a conformidad los bienes objeto del



Contrato "Adjudicación Directa Pública N°003-2011-CE/MDSM-Contratación de Bienes, Adquisición e Instalación de un Sistema de Telefonía", lo cual a su vez dio lugar al pago del íntegro del precio pactado por el bien objeto del contrato, cuyo monto asciende a la suma de S/.252,897.50 (Doscientos cincuenta y dos mil ochocientos noventa y siete con 50/100 Nuevos Soles) incluido impuestos y cuyo pago total se encuentra acreditado en autos, mediante Comprobante de Pago N° 0004098 de fecha 27 de diciembre de 2011 (Anexo 3-F de la demanda).

- ❖ De este modo, habiéndose determinado que el momento de la enajenación del bien objeto del contrato se produjo el 15 de diciembre de 2011, corresponde ahora verificar **en qué momento se detectaron los vicios objeto de reclamo**, lo cual se determina mediante la comunicación cursada por LA ENTIDAD al CONTRATISTA haciéndole saber de la existencia de deficiencias en el bien entregado, lo cual se formalizó mediante Carta N° 005-2012-SGL-GAF/MDSM notificada al CONTRATISTA el 23 de febrero de 2012 (Anexo 3-K) que a su vez adjunta el Memorándum N° 075-2012-SGI-GM/MDSM de fecha 15 de febrero de 2012 (Anexo 3-J de la demanda), de cuyos documentos se puede apreciar que si bien es cierto la comunicación de los defectos del bien objeto de adquisición se realizó con posterioridad a la recepción y conformidad, ello por sí mismo no permite colegir que los defectos percibidos sean necesariamente posteriores a la adquisición y conformidad y no susceptibles de haber sido percibidos con anterioridad por LA ENTIDAD, por lo cual corresponde efectuar un análisis más detallado al respecto.
- ❖ Así tenemos que de la lectura de la Carta N° 005-2012-SGL-GAF/MDS, se puede advertir que LA ENTIDAD sólo se limita a señalar de manera genérica que el Sistema de Telefonía adquirido presenta múltiples problemas con la operatividad de los equipos así como constantes fallas en la comunicación entre los anexos, solicitando inmediata atención mediante reparación del bien o reemplazo del mismo.

Sin embargo, en el Memorándum N°075-2012-SGI-GM/MDSM de fecha 15 de febrero de 2012, el mismo que LA ENTIDAD adjuntó a la Carta N° 005-2012-SGL-GAF/MDS, sí detalla las deficiencias encontradas, clasificándolas en tres tipos de deficiencias:

Problemas constantemente presentados	Problemas en los equipos	Observaciones pendientes de atender en las configuraciones
❖ Pérdidas constantes en	La pantalla del	❖ Instalación, configuración y

<p>la comunicación entre los anexos (teléfonos Ip modelos Snom 870 y Snom 821).</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Cortes de las llamadas entre anexos en promedio posterior al minuto de comunicación. ❖ Interferencias constantes entre las llamadas ❖ Bloqueo constante del anexo 3321 asignado a la recepcionista principal. 	<p>equipo telefónico IP 3376 asignado a la Gerencia de Planificación y Presupuesto, se encuentra en mal estado.</p>	<p>capacitación de los terminales “D-link”.</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Instalación y configuración de terminales en las sedes anexas del edificio principal. ❖ Entrega del software “Softphone”. ❖ Configuraciones adicionales en los anexos: fecha, hora, directorio completo. ❖ Implementación de consola de administración de llamadas para la recepcionista principal. ❖ Capacitación para la configuración de los servicios adicionales que brinda la central telefónica (mensajes de bienvenida, grabación de mensajes, identificador de llamadas por anexo). ❖ Configuración de anexos con número fijo asignado por el primero.
---	---	--

Por consiguiente, es respecto de estas deficiencias identificadas a través del Memorándum N° 075-2012-SGI-GM/MDSM que corresponde hacer la evaluación existencia de defectos anterior o concomitante con la adquisición y si fueron susceptibles o no de ser percibidos por LA ENTIDAD, para luego dilucidar si estamos o no ante un caso de vicios ocultos.

Así tenemos que de los tres tipos de deficiencias advertidos por LA ENTIDAD en su Carta N° 005-2012-SGL-GAF/MDS y Memorándum N° 075-2012-SGI-GM/MDSM:

- Las situaciones denominadas por LA ENTIDAD como “**problemas en los equipos**” no constituyen ni pueden constituir deficiencias ni problemas no percibidos al momento de la adquisición y conformidad, como es el caso del mal estado de la pantalla del equipo telefónico IP 3376 asignado a la Gerencia de Planificación y Presupuesto, porque se trata de un defecto que es perceptible a la vista y que pudo perfectamente ser detectado en las pruebas propias del acto de recepción.
- Las situaciones denominadas por LA ENTIDAD como “**observaciones pendientes de atender en las configuraciones**”, tampoco constituyen ni

jl

pueden constituir deficiencias no percibidas al momento de la adquisición y conformidad, debido a que de la descripción de las mismas que se aprecia en el cuadro citado líneas arriba, se puede advertir que se trata de situaciones de incumplimiento de obligaciones contractuales y no de defectos no posibles de haber sido percibidos durante el acto de recepción del bien.

Es así que los dos tipos de situaciones antes descritas respecto del bien adquirido por LA ENTIDAD, el Árbitro Único concluye que constituyen deficiencias perceptibles y ostensibles que mediante la diligencia ordinaria y razonable prevista en el expediente del Sistema de Telefonía numerales 1.3 - Dirección del Servicio y 1.4 - Supervisión del Servicio (verificación de calidad, cantidad, cumplimiento de las condiciones contractuales y pruebas necesarias) si pudieron y debieron ser advertidas y formuladas como observaciones por LA ENTIDAD antes de otorgar la conformidad de los equipos y del sistema de telefonía, por lo que su reclamo a posterior, no sólo no resulta válido para su tipificación como vicios ocultos, sino que además desnaturaliza el procedimiento de recepción y conformidad previsto en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato Adjudicación Directa Pública N° 003-2011-CE/MDSM – Contratación de Bienes Adquisición de Instalación de un Sistema de Telefonía (Anexo 3D de la demanda), el mismo que se sustenta en el Artículo 176⁵ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que al regular lo correspondiente al procedimiento de recepción y conformidad de bienes y servicios, establece que “...La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueren necesarias...De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio...Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso, la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan...”, ello a su vez tiene concordancia con lo dispuesto en el Artículo 1504⁶ del Código Civil el mismo que al referirse a los vicios conocibles por el adquirente establece lo siguiente: “No se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias”.

⁵ Artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

⁶ Artículo 1504 del Código Civil.

De este modo, estas observaciones al bien adquirido, que no fueron reclamadas por LA ENTIDAD en su oportunidad y que con posterioridad a la recepción y conformidad las invoca emplazando por dicha causa al Contratista, no califican como vicios ocultos sino como evidentes situaciones de incumplimiento de especificaciones técnicas, lo cual constituye incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales a cargo del CONTRATISTA, que debieron ser observadas en su oportunidad por el Supervisor del Contrato, por lo que en todo caso, constituyen materia de deslinde de responsabilidad al interior de LA ENTIDAD en el o los funcionarios de LA ENTIDAD⁷ que otorgaron la conformidad a pesar que al CONTRATISTA le faltaba realizar diversas configuraciones al Sistema de Telefonía, entregar el software “softphone” y realizar diversas capacitaciones; máxime si se tiene en consideración que al interior de LA ENTIDAD, las áreas funcionales competentes tenían la responsabilidad de decidir en su oportunidad la procedencia o no de la recepción y conformidad de los bienes objeto de la contratación, debiendo haber considerado para ello los términos y condiciones del contrato.

❖ Ahora bien, queda entonces dilucidar si las deficiencias denominadas por LA ENTIDAD como “**problemas constantemente presentados**”, están referidas a deficiencias que existían en el bien objeto de adquisición antes de su entrega y recepción a conformidad y que siguiendo la diligencia ordinaria y razonable prevista en el expediente del Sistema de Telefonía numerales 1.3 - Dirección del Servicio⁸ y 1.4 - Supervisión del Servicio⁹ (verificación de calidad, cantidad, cumplimiento de las condiciones contractuales y pruebas necesarias) no pudieron ser advertidos por LA ENTIDAD ni siquiera aun en el

⁷ **Opinión 011-2014/DTN** “Era responsabilidad de la Entidad, a través de sus áreas competentes, decidir la procedencia de la recepción y conformidad de los bienes objeto de la contratación, debiendo considerar para ello los términos y condiciones del contrato.”

⁸ **Sistema de Telefonía.**

1.3. **Dirección del Servicio.**

Durante la ejecución del servicio el Contratista General deberá cumplir con lo siguiente: d) Ejecución de las pruebas en todos los Sistemas de Telefonía, obteniendo un Acta del Propietario.

⁹ **Sistema de Telefonía.**

1.3. **Supervisión del Servicio.**

El Ingeniero Supervisor de las instalaciones de telefonía y comunicaciones deberá conocer la totalidad del proyecto al iniciarse la obra, para lo cual hará por escrito todas las consultas necesarias al Proyectista, inherentes a la interpretación de los planos.

Durante todo el tiempo que dure la ejecución de la obra el Ingeniero Supervisor deberá vigilar que el Contratista cumpla con todas las exigencias del proyecto, tanto en materiales como en mano de obra.

Deberá constatar personalmente las ubicaciones y pruebas para todos los sistemas.

El Ingeniero Supervisor recepcionará la obra en su totalidad y presentará al propietario la obra funcionando y con los planos actualizados por el Contratista para que el personal de mantenimiento se haga cargo de la misma.

período de pruebas previo a la conformidad que diligentemente tenía que haber realizado LA ENTIDAD, en cuyo caso, si constituirían vicios de carácter coetáneo o concomitante a la adquisición y que por ende serían de responsabilidad del CONTRATISTA:

- Así tenemos que de acuerdo a lo manifestado por la Sub Gerencia de Informática de la Municipalidad Distrital de San Miguel en su Informe N° 043-2012-SGI-GM/MDSM de fecha 03 de abril de 2012 (Anexo 3-S de la demanda) que obra en autos, dicha dependencia deja constancia que informó al interior de LA ENTIDAD los problemas de operatividad y configuración que se venían presentando desde el 17 de agosto de 2011 y que fueron recurrentes durante todo el año 2012 en el Sistema de Telefonía instalado por el CONTRATISTA.
- Asimismo, del material probatorio que obra en autos como parte de la documentación que presentó LA ENTIDAD adjunta a su Memorándum N° 136-2012-SGI-GMM/MDSM (Anexo 03-L) tales como correos electrónicos de LA ENTIDAD (sub gerencia de informática) cursados al CONTRATISTA, con fecha: 17.08.2011, 08.09.2011, 13.09.2011, 04.12.2011 y 25.10.2011, se advierte que en fecha anterior a la Conformidad, LA ENTIDAD ya había percibido deficiencias de operatividad y funcionamiento de la central telefónica así como de equipos, tales como:
 - i) **Problemas en la central telefónica:** “no se escucha al recibir llamadas” (correo del 17.08.2011).
 - ii) **Problemas en equipos:** “hay un equipo que está fallando, se encuentra en el tercer piso en el Área de Registro Civil, asignado al Sr. Echegaray, anexo 3355” (correo del 08.09.2011).
 - iii) **Intermitencias de conexión:** “Hola Paolo, si parece que tiene problemas aún ese anexo, se queda congelado imprevisiblemente, tiene intermitencias de conexión el equipo en mención.” (correos del 08.09.2011 y 23.09.2011).
 - iv) **No se escucha llamadas:** “el Anexo de Secretaría General que tenía fallas o no escucha las llamadas sigue teniendo el mismo inconveniente, por más que se reinicie el equipo, ya se le cambió la bocina pero sigue con las mismas fallas, sería posiblemente conveniente que se cambie el equipo, el número del anexo en cuestión es 3385.” (correo del 04.10.2011).
 - v) **Problemas con la comunicación:** “Hemos tenido problemas con la comunicación entre los teléfonos por varios minutos, por ahora nos dicen que no entran las llamadas desde afuera” (correo del 25.10.2011).

Por tanto del informe N° 043-2012-SGI-GM/MDSM (Anexo 3S de la demanda) así como de los correos electrónicos citados líneas arriba, el Árbitro Único puede advertir que antes que LA ENTIDAD otorgara la conformidad y antes que formalizara su reclamo al CONTRATISTA por vicios ocultos (mediante Carta N° 005-2012-SGL-GAF/MDS y Memorándum N° 075-2012-SGI-GM/MDSM) sí tuvo conocimiento de dichas deficiencias como consta de los correos del área de informática citados líneas arriba, las mismas que además se mantuvieron en el transcurso del tiempo, situación que demuestra a la luz de lo dispuesto por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en su Opinión N° 017-2015/DTN y lo explicado en base a la doctrina jurídica citada líneas arriba al respecto así como lo dispuesto en el Artículo 1504 del Código Civil, que tales eventos no califican bajo los alcances de los vicios ocultos, sino más bien, se trata de deficiencias e incumplimientos que no daban posibilidad alguna de que LA ENTIDAD dispusiera la recepción a conformidad ni pagara, esto es, debieron en su oportunidad ser tratadas como observaciones y consignadas como tal en el Acta correspondiente y en caso que dichas deficiencias fueran de tal magnitud que impedían la utilidad del bien adquirido, debieron dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento del CONTRATISTA, no dando lugar a recepción y conformidad, sin embargo la ENTIDAD contrariamente dio conformidad mediante Memorándum N° 265-2011/GEOP-GDU/MDSM de fecha 15.12.2011, ocasionando así una grave afectación a los intereses de la ENTIDAD, máxime si a mérito de dicha conformidad se dispuso el pago del íntegro del precio pactado a pesar que las Especificaciones Técnicas del Sistema de Telefonía establecían en el rubro denominado *Condición de Pago*, lo siguiente *“El pago se hará por trabajo global instalado al precio global definido en el presupuesto y previa aprobación del supervisor quien velará por su correcta ejecución en obra...”*

Del Informe Pericial de fecha 08 de abril de 2013 realizado por el Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo a la topología de red, tráfico de paquetes y consumo de ancho de banda de la central telefónica instalada por EL CONTRATISTA (ANEXO 3C1 de la demanda), se advierte que las conclusiones a las que arriba dicho perito en la página 44 de su informe, si bien refieren e identifican deficiencias de la central telefónica instalada, tales como: a) Que la central telefónica en alto tráfico de información cuando el ancho de banda se satura, no soporta el ancho de banda; b) Que la central telefónica por cada tarjeta VOIP sólo puede ofrecer 32 llamadas simultáneas cuando son entrantes y salientes hacia el externo del local municipal, pero cuando se realiza una demanda de comunicación interna sólo podrá abastecer 16 llamadas; c) Que la configuración realizada en la Central Telefónica VOIP no presenta una configuración óptima con respecto al



manejo de los códecs utilizando códecs de menor rendimiento y que saturan el ancho de banda de la infraestructura de datos de la institución; d) Que la central telefónica no es una central de alto rendimiento y que ofrezca facilidades de servicio tanto en su instalación, configuración y actualización de nuevas versiones, al no contar con los canales adecuados de atención al cliente; sin embargo dichas deficiencias que hoy se conocen a razón de pruebas técnicas especializadas realizadas por el perito por encargo de LA ENTIDAD en el año 2013, son nuevas deficiencias advertidas por aquella y que además no fueron parte del emplazamiento notificado al CONTRATISTA en la Carta N° 005-2012-SGL-GAF/MDSM y Memorándum N° 075-2012-SGI-GM/MDSM ni de emplazamiento posterior para su saneamiento¹⁰, lo cual coloca al CONTRATISTA en situación de indefensión y afectación grave del debido procedimiento¹¹, máxime si respecto de dichas nuevas deficiencias advertidas y por las cuales no fue previamente emplazado para su atención y asunción de responsabilidad, se pretende por esta vía arbitral la determinación de aquellas como vicios ocultos que le generen responsabilidad, a ello se suma el hecho que la gravedad y naturaleza de dichas alegadas deficiencias requerían que en mérito al deber de diligencia contractual¹² entendido en palabras de Messineo citado por Raúl Ferrero Costa “*como aquel comportamiento que consiste en usar todos los cuidados y las cautelas que – habida consideración a la naturaleza de determinada relación obligatoria y a cada circunstancia- lo pongan en condiciones de poder cumplir*”, LA ENTIDAD debía haber efectuado las evaluaciones periciales con participación y conocimiento del CONTRATISTA, a lo que se añade el que, además dicha Pericia constituye un material probatorio de parte, no resultan por ende factible que por su sólo mérito se dilucide la condición de vicios ocultos de dichas deficiencias, **por lo que por estas consideraciones el Árbitro Único concluye que no concurren los elementos fáctico – jurídicos que le permitan, sin vulnerar el debido**

¹⁰ Opinión N° 017-2015/DTN:

La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto el procedimiento que se debe seguir a efectos de formular el reclamo por vicios ocultos; no obstante ello, la Entidad, antes del vencimiento de los plazos de responsabilidad, debe comunicar al contratista que la prestación ejecutada adolece de presuntos vicios ocultos con la finalidad que este asuma la responsabilidad que el caso amerite o exponga y sustente los argumentos que estime pertinentes.

¹¹ Casación N° 81-25-2009

El debido procedimiento pretende garantizar un procedimiento ajustado a derecho en beneficio de los administrados y a su vez controlar el adecuado ejercicio de las potestades propias de la administración durante este. En efecto el debido proceso es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros). Tal como lo señala el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.



procedimiento, calificar como vicios ocultos o no, las deficiencias advertidas en el antes aludido informe pericial de fecha 08 de abril de 2013 y a mérito de ello disponer la responsabilidad del CONTRATISTA.

Del Informe Pericial de fecha 08 de abril de 2013 realizado por el Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo para determinar el cumplimiento de las características técnicas establecidas en el Contrato de Adjudicación Directa Pública N° 003-2011-CE/MDSM, en la propuesta técnica de ISI GROUP SAC así como en las Bases del proceso de selección que dio lugar a la contratación, se advierte que las conclusiones a las que arriba dicho perito en la página 18 de su informe, si bien refieren una serie de incumplimientos contractuales tales como: i) Que el equipo entregado por EL CONTRATISTA sólo puede cubrir el servicio de 240 usuarios y que no soporta hasta 500 anexos conforme lo requerían las Bases del proceso de selección; ii) Que no se instaló y/o configuró el sistema de buzón de voz ni se puso en funcionamiento el mismo; iii) Que no fue instalado y/o configurado el software para PC o portátiles (SOFT FONE); sin embargo el Árbitro Único advierte que a la luz de lo dispuesto por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en su Opinión N° 017-2015/DTN y lo explicado en base a la doctrina jurídica citada líneas arriba al respecto así como lo dispuesto en el Artículo 1504 del Código Civil, **tales eventos no califican bajo los alcances de los vicios ocultos**, más aun si se tiene en consideración que como lo indica el propio informe pericial, son situaciones de evidente incumplimiento de especificaciones técnicas, las mismas que por su naturaleza eran susceptibles de ser percibidas y factibles de ser verificadas y conocerse en el período de pruebas que tiene que haber realizado LA ENTIDAD al sistema de telefonía adquirido, de modo tal que tales deficiencias debían haber sido advertidas por LA ENTIDAD como observaciones a fin que sean subsanadas antes de otorgar la conformidad y en todo caso en su momento hubieran dado lugar a la no recepción del bien y a la resolución del contrato por incumplimiento del CONTRATISTA.

Del informe pericial de fecha 02 de mayo de 2013, realizado por el ingeniero Santos Alejandro Camarena Ames para determinar si se cumple con la operatividad y funcionamiento del servicio VOIP en la infraestructura que utiliza la Municipalidad Distrital de San Miguel (ANEXO 3B1 de la demanda), se advierte que las conclusiones a las que arriba dicho perito en la página 76 de su informe párrafo IV.4, tales como: i) Que se ha probado que los equipos de interconexión (SWITCH) cuentan con el soporte tecnológico adecuado y presentan una configuración óptima y acorde a los estándares para el mejor desempeño VOIP; ii) están en estado óptimo de configuración, ii) Que la red de datos y voz de la ENTIDAD utiliza



VLANS con lo cual se optimiza el factor de seguridad y la disminución del tráfico en la red; iii) Que los 52 puntos de red certificados si cumplen con los estándares ANSI/TIA/EIA-568-B-2-1, ofreciendo una velocidad de transmisión de 1 GIGABIT, características suficientes para obtener un buen servicio VOIP y iii) Que por tanto las deficiencias y ocurrencias generados en el tráfico de VOIP son generados por la central telefónica; aparentemente podrían estar configurando alguna situación de responsabilidad a cargo del CONTRATISTA, sin embargo el Árbitro Único advierte que las mismas constituyen un documento técnico que si bien denota la operatividad y funcionamiento óptimo del servicio VOIP en la infraestructura que utiliza la Municipalidad Distrital de San Miguel, sin embargo el mismo tiene intrínseca relación con lo advertido a través del Informe Pericial de fecha 08 de abril de 2013 elaborado por el Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo a la topología de red, tráfico de paquetes y consumo de ancho de banda de la central telefónica instalada por EL CONTRATISTA, en este sentido, no resulta factible que en esta instancia se pueda valorar este medio probatorio, de manera individual y aislada del informe pericial ante citado así como de la necesaria actuación administrativa para con EL CONTRATISTA que tiene que concretarse previamente respecto del citado informe pericial del Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo, en estricto apego al debido procedimiento¹³, por lo que a la fecha no resulta factible en este proceso arbitral, valorar positiva ni negativamente este medio probatorio, porque ello colocaría al CONTRATISTA en situación de indefensión y afectación grave de su derecho a la defensa, máxime si respecto de dichas nuevas deficiencias advertidas y por las cuales no fue previamente emplazado para su atención y asunción de responsabilidad, se pretende por esta vía arbitral la determinación de aquellas como vicios ocultos que le generen responsabilidad, a ello se suma el hecho que la gravedad y naturaleza de dichas alegadas deficiencias requerían que en mérito al deber de diligencia contractual¹⁴ entendido en palabras de Messineo citado por Raúl Ferrero Costa “*como aquel comportamiento que consiste en usar todos los cuidados y las cautelas que – habida consideración a la naturaleza de determinada relación obligatoria y a cada circunstancia- lo pongan en condiciones de poder cumplir*”¹⁵, que LA ENTIDAD deba haber efectuado las evaluaciones periciales con participación y conocimiento del CONTRATISTA, a lo que se añade el que, además dicha Pericia constituye un material probatorio de parte, no resultan por ende factible que por su sólo mérito se dilucide la condición de vicios ocultos de dichas deficiencias, por lo

¹³ Casación Nº 81-25-2009 (Op Cit pie de página 13)

¹⁵ Ferrero Costa, Raúl. En Curso de Derecho de las Obligaciones. Lima, Editora Jurídica Grijley EIRL 2004- Tercera Edición Actualizada, página 325, citado en la Opinión Nº 086-2011/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, pagina 3.

que por estas consideraciones el Árbitro Único concluye que no concurren los elementos fáctico – jurídicos que le permitan, sin vulnerar el debido procedimiento, calificar como vicios ocultos o no, las deficiencias advertidas en el antes aludido informe pericial de fecha 08 de abril de 2013 y a mérito de ello disponer la responsabilidad del CONTRATISTA.

Por las consideraciones expuestas, el Árbitro Único concluye que si bien es innegable que existen deficiencias detectadas por LA ENTIDAD en el funcionamiento y operatividad del Sistema de Telefonía adquirido, dichas deficiencias detalladas y sustentadas en cada uno de los informes periciales que dicha parte presentó en el proceso, no hacen más que corroborar que algunas de ellas conforme se explicó detalladamente líneas arriba, no son deficiencias que califiquen como vicios ocultos, en la medida que se trata de deficiencias que está referidas por un lado a incumplimiento de especificaciones técnicas requeridas, las mismas que ameritaban que LA ENTIDAD formulara en su oportunidad las observaciones correspondientes y no otorgara conformidad ni pagara por equipos que no satisfacían lo requerido en sus bases; y por otro lado, las deficiencias identificadas en el informe pericial de fecha 08 de abril de 2013 no pueden ser evaluadas en esta instancia arbitral al no haberse cumplido previamente con el emplazamiento administrativo previo al CONTRATISTA que le permita sanearlas o en su defecto cuestionarlas en sede administrativa a mérito del debido procedimiento; del mismo modo, las deficiencias denominadas por LA ENTIDAD como “Problemas constantemente presentados”, al igual que las denominados “problemas en los equipos” y “observaciones pendientes de atender en las configuraciones”, no constituyen vicios ocultos, al tratarse de deficiencias que eran perfectamente posibles de ser percibidas al momento de la adquisición, conforme se explicó líneas arriba.

Por lo tanto, atendiendo a que la pretensión formulada por LA ENTIDAD en el presente proceso arbitral está referida a determinación de responsabilidad del CONTRATISTA por vicios ocultos y siendo que en atención a lo expuesto en los considerandos precedentes y de la evaluación también efectuada al material probatorio del CONTRATISTA consistente en el íntegro del expediente de contratación cuya documentación ha sido citada líneas arriba al constituir también material probatorio aportado en su caso por LA ENTIDAD, así como las actas de atención central telefónica MDSM y el Informe de Actividades para solucionar las incidencias comunicadas del Sistema de Telefonía IP de la Municipalidad de San Miguel adjuntado en su Carta CAT-045-2012 de fecha 02 de mayo de 2012 ofrecidos como material probatorio por el CONTRATISTA y que han sido debidamente contrastados con las pruebas ofrecidas por LA ENTIDAD, tanto en cuanto a contenido

kJ

como fechas de emisión y conclusiones arribadas en los mismos; lo cual da como resultado que se determine que respecto de las deficiencias objeto de emplazamiento mediante Carta Nº 005-2012-SGL-GAF/MDSM y Memorándum Nº 075-2012-SGI-GM/MDSM; asimismo como respecto de la deficiencias advertidas en el Informe Pericial de fecha 08 de abril de 2013 realizado por el Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo para determinar el cumplimiento de las características técnicas establecidas en el Contrato de Adjudicación Directa Pública Nº 003-2011-CE/MDSM, en la propuesta técnica de ISI GROUP SAC así como en las Bases del proceso de selección que dio lugar a la contratación; se ha determinado que estos no constituyen vicios ocultos; por consiguiente el Árbitro Único declara **INFUNDADO este extremo de la pretensión de la demanda**.

En tanto que respecto del Informe Pericial de fecha 08 de abril de 2013 realizado por el Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo para determinar la tipología de red, tráfico de paquetes y consumo de ancho de banda de la central telefónica instalada por EL CONTRATISTA; así como del informe pericial de fecha 02 de mayo de 2013, realizado por el ingeniero Santos Alejandro Camarena Ames para determinar si se cumple con la operatividad y funcionamiento del servicio VOIP en la infraestructura que utiliza la Municipalidad Distrital de San Miguel; al no haber LA ENTIDAD cumplido respecto de ellos, el procedimiento previo de emplazamiento al CONTRATISTA para el ejercicio de su defensa, lo cual vulnera el debido procedimiento, conforme se ha explicado detalladamente en los considerandos expuestos líneas arriba, **el Árbitro Único no se encuentra facultado en esta instancia a calificar el resultado de los mismos como vicios ocultos de responsabilidad del CONTRATISTA**, por lo que este extremo del petitorio se encuentra incurso en situación de imposibilidad jurídica por falta de cumplimiento previo del procedimiento regular previsto en el marco regulatorio de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme se explicó detalladamente líneas arriba, por lo que corresponde declarar **este extremo de la pretensión en IMPROCEDENTE**.

2. Respeto al segundo punto controvertido:

“Determinar si corresponde o no que la Empresa ISI GROUP SAC indemnice a la Municipalidad Distrital de San Miguel con la suma de S/. 641,494.18 (Seiscientos cuarenta y un mil cuatrocientos noventa y cuatro con 18/100 nuevos soles) por los daños y perjuicios generados por los vicios ocultos del servicio objeto del mencionado Contrato, comprendiendo la suma de S/. 252,897.60 por daño emergente y la suma de S/. 388,596.58 por lucro cesante, más los intereses legales generados hasta su cancelación”.

ff

Que, habiéndose determinado líneas arriba:

- a) Que las deficiencias advertidas por LA ENTIDAD al Sistema de Telefonía adquirido por aquella y que fueron objeto de emplazamiento al CONTRATISTA mediante Carta N° 005-2012-SGL-GAF/MDSM y Memorándum N° 075-2012-SGI-GM/MDSM **no constituyen vicios ocultos**.
- b) Que, asimismo las deficiencias advertidas por LA ENTIDAD en el Informe Pericial de fecha 08 de abril de 2013 realizado por el Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo a la topología de red, tráfico de paquetes y consumo de ancho de banda de la central telefónica instalada por EL CONTRATISTA, no pueden ser tipificadas en esta vía como vicios ocultos o no, conforme se ha explicado líneas arriba en el desarrollo de la anterior pretensión.
- c) Que, igualmente las deficiencias advertidas por LA ENTIDAD a razón del Informe Pericial de fecha 08 de abril de 2013 realizado por el Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo para determinar el cumplimiento de las características técnicas establecidas en el Contrato de Adjudicación Directa Pública N° 003-2011-CE/MDSM, en la propuesta técnica de ISI GROUP SAC así como en las Bases del proceso de selección que dio lugar a la contratación, **no constituyen vicios ocultos**.
- d) Que, finalmente al haberse determinado en los fundamentos de la pretensión anterior que el informe pericial de fecha 02 de mayo de 2013, realizado por el ingeniero Santos Alejandro Camarena Ames para determinar si se cumple con la operatividad y funcionamiento del servicio VOIP en la infraestructura que utiliza la Municipalidad Distrital de San Miguel no puede ser valorado positiva ni negativamente al tener intrínseca relación con lo advertido a través del Informe Pericial de fecha 08 de abril de 2013 elaborado por el Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo a la topología de red, tráfico de paquetes y consumo de ancho de banda de la central telefónica instalada por EL CONTRATISTA, lo cual impide que se valore de manera individual y aislada de la necesaria actuación administrativa para con EL CONTRATISTA que tiene que concretarse previamente, respecto del citado informe pericial del Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo en estricto respeto del debido procedimiento.



Por consiguiente, a mérito de lo expuesto y teniendo en consideración que la pretensión indemnizatoria formulada por LA ENTIDAD deriva de la causal vicios ocultos, la misma que no ha sido acogida en esta instancia, por consiguiente no resulta factible conceder monto indemnizatorio alguno a favor de LA ENTIDAD por vicios ocultos por dichos conceptos desestimados; careciendo por ende de todo objeto que se efectúe análisis alguno respecto al material probatorio y fundamentos referidos a los conceptos y montos indemnizatorios reclamados por LA ENTIDAD.

Sin perjuicio que dicha parte haga valer su derecho en la vía correspondiente contra los que resulten responsables, por los incumplimientos contractuales y de especificaciones técnicas advertidos por aquella y que no ameritaban la recepción a conformidad del bien objeto de adquisición y sin perjuicio que en momento posterior, de ser el caso, formule nueva reclamación en vía arbitral por las nuevas deficiencias al Sistema de Telefonía advertidas por Informe Pericial de fecha 08 de abril de 2013 e Informe Pericial de fecha 02 de mayo de 2013 antes mencionados, luego de haber agotado el debido procedimiento administrativo previo, a que se hizo alusión anteriormente.

Por estas consideraciones corresponde declarar INFUNDADA la pretensión indemnizatoria formulada por LA ENTIDAD respecto de los puntos a) y c) antes citados e IMPROCEDENTE respecto de los puntos b) y d) antes citados en el desarrollo de los fundamentos de la presente pretensión.

3. Respecto al tercer punto controvertido:

"Determinar a quién corresponde asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral".

Que, finalmente, en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 70° de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, que a la letra dice:

Artículo 70.- Costos

"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones*

lej

arbitrales".

Que, asimismo de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 73º de la Ley de Arbitraje, cuyo texto se reproduce a continuación:

"Artículo 73.- Asunción o Distribución de Costos:

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

Que, en mérito a los dispositivos legales antes citados, es obligación del Tribunal Arbitral fijar en el laudo los costos del arbitraje y la forma de distribución de los mismos, atendiendo a los siguientes criterios: i) Acuerdo entre las partes, ii) A falta de acuerdo son de cargo de la parte vencida, iii) Distribución y prorrateo entre las partes, atendiendo a la razonabilidad del mismo y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Que, en base a los criterios antes citados, el Árbitro Único manifiesta lo siguiente:

- i) Que de los actuados no se aprecia la existencia de documento alguno que acredite la existencia de acuerdo entre las partes respecto a la distribución o asunción de los gastos arbitrales, por lo que este elemento no puede tomarse en consideración para los efectos de distribución o no de gastos arbitrales.
- ii) Que, corresponde entonces analizar el extremo referido a quien es la parte vencida en el presente arbitraje y cuáles son las circunstancias del caso, con relación a lo cual cabe precisar que en el presente laudo si bien no se han acogido favorablemente las pretensiones de la demandante, sin embargo, del material probatorio que aportó al proceso se advierte que tuvo razones suficientes para salir en juicio, asimismo se advierte que mostró una conducta procesal favorable al esclarecimiento de los hechos, situación distinta de la que se pudo advertir en la conducta de su contraparte, por lo que atendiendo a las circunstancias del caso, el Árbitro Único considera que es responsabilidad de las partes asumir en partes iguales los gastos arbitrales debidamente acreditados,

siendo estos los siguientes: i) Honorarios del Árbitro Único y ii) Honorarios de la Secretaría Arbitral; no existiendo otro concepto que tenga que prorratearse entre las partes, siendo que cada una de ellas deberá asumir por sí misma los gastos en que haya tenido que incurrir para su defensa en el presente proceso arbitral.

Por las razones expuestas de acuerdo a las Reglas del Acta de Instalación, Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley General de Arbitraje, el Árbitro Único RESUELVE, la controversia del modo siguiente:

LAUDA:

PRIMERO : DECLARANDO INFUNDADA la excepción de prescripción formulada por EL CONTRATISTA por los fundamentos expuestos en el presente laudo.

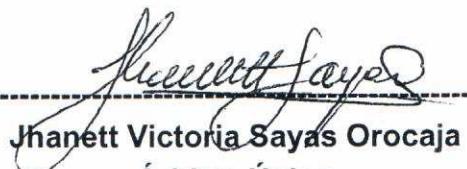
SEGUNDO : DECLARANDO INFUNDADA la primera pretensión de la demanda, en el extremo referido a las deficiencias advertidas en la Carta N° 005-2012-SGL-GAF/MDSM y Memorándum N° 075-2012-SGI-GM/MDSM; asimismo como respecto de la deficiencias advertidas en el Informe Pericial de fecha 08 de abril de 2013 realizado por el Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo para determinar el cumplimiento de las características técnicas establecidas en el Contrato de Adjudicación Directa Pública N° 003-2011-CE/MDSM, en la propuesta técnica de ISI GROUP SAC así como en las Bases del proceso de selección que dio lugar a la contratación; e **IMPROCEDENTE** respecto del Informe Pericial de fecha 08 de abril de 2013 realizado por el Ingeniero Rubén Arturo Busta Arroyo para determinar la tipología de red, tráfico de paquetes y consumo de ancho de banda de la central telefónica instalada por EL CONTRATISTA; así como del informe pericial de fecha 02 de mayo de 2013, realizado por el ingeniero Santos Alejandro Camarena Ames para determinar si se cumple con la operatividad y funcionamiento del servicio VOIP en la infraestructura que utiliza la Municipalidad Distrital de San Miguel; al no haber LA ENTIDAD, por las consideraciones expuestas en los fundamentos del presente laudo.



TERCERO : **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda respecto de los puntos a) y c) citados en los fundamentos del laudo referidos a esta pretensión, e **IMPROCEDENTE** respecto de los puntos b) y d) antes citados en el desarrollo de los fundamentos de la presente pretensión.

CUARTO : **DISPONIENDO** que los costos del arbitraje establecidos en los fundamentos del presente laudo y que ascienden a la suma de S/.23,000.00 (veintitrés mil con 00/100 Nuevos Soles), sean asumidos por la ENTIDAD y por el CONTRATISTA en partes iguales, por lo que atendiendo a lo expuesto en los fundamentos del presente laudo, **se ORDENA al CONTRATISTA el pago a favor de la ENTIDAD** de la suma de S/.11,500.00 (once mil quinientos con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de devolución del 50% de honorarios del Árbitro Único y 50% de los costos de la secretaría arbitral que le correspondía asumir según lo dispuesto en el Numeral 46 del Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 06 de enero de 2014 que fue abonado en subrogación por LA ENTIDAD durante el proceso arbitral; precisándose que cada una de las partes asumirá el pago de las costas en que hubieran incurrido para su defensa en el proceso arbitral.

QUINTO : **NOTIFÍQUESE** a las partes, remítase al Organismo Superior de Contrataciones del Estado copia del presente Laudo Arbitral y publíquese en el SEACE.



Jhanett Victoria Sayas Orocaja
Árbitro Único