

**Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
OSCE**

Arbitraje seguido entre

GOBIERNO REGIONAL DE PIURA
(Demandante)


y

RODING RODRIGUEZ IND. Y NEG. GEN SRLTDA.
(Demandado)

LAUDO

Árbitro Único

Doctor Luis Manuel Juárez Guerra



GLOSARIO DE TÉRMINOS

TUO de la Ley: Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.

Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

Ley N° 27444: Ley del Procedimiento Administrativo General.

Contrato: Adquisición de módulos escolares para inicial, primaria y secundaria para los proyectos "Sustitución de Mobiliario Escolar en las Instituciones Educativas de las Provincias de Piura y Sechura - Meta 2008" y "Sustitución de Mobiliario Escolar en las instituciones Educativas de las Provincias de Sullana, Talara, Paita - II Etapa".

Demandante/

Entidad: Gobierno Regional de Piura

Demandada/

Contratista: Roding Rodriguez Ind. y Neg. Gen SRLTDA.

OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado



Resolución N° 12.-

En Lima, a los 22 días del mes de julio del año dos mil catorce, el Árbitro Único, tras haber analizado los actuados en el presente arbitraje, dicta el siguiente laudo:

VISTOS

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 09 de julio de 2008, el Gobierno Regional de Piura convocó a través del SEACE a la Licitación Pública N° 003-2008/GRP-ORA-CE con la finalidad de adquirir módulos escolares para inicial, primaria y secundaria, estableciéndose el monto de S/. 2'098,776.77 como valor referencial de la convocatoria.
2. Como consecuencia del referido proceso, con fecha 12 de noviembre de 2008, se otorgó la Buena Pro a Roding Rodriguez Ind. y Neg. Gen SRLTDA.
3. Con fecha 12 de diciembre de 2008, la Entidad y el Contratista suscribieron el Contrato N° 080-2008 relativo a la adquisición de módulos escolares para inicial, primaria y secundaria para los proyectos "Sustitución de Mobiliario Escolar en las Instituciones Educativas de las Provincias de Piura y Sechura - Meta 2008" y "Sustitución de Mobiliario Escolar en las instituciones Educativas de las Provincias de Sullana, Talara, Paita - II Etapa", por un importe ascendente a S/. 1'469,181.26 (Un millón cuatrocientos sesenta y nueve mil ciento ochenta y uno y 26/100 nuevos soles).
4. A través del Informe N° 064-2009/GRO-440310 de fecha 27 de agosto de 2009, el ingeniero Mario Maza Córdova, en calidad de Inspector del Proyecto, dio conformidad a las prestaciones a cargo del Contratista.
5. Posteriormente, tras la emisión de una serie de informes que dan cuenta de la existencia de defectos en la elaboración de los bienes entregados por el Contratista, la Entidad inició las acciones legales correspondientes bajo el concepto de vicios ocultos de los bienes.

II. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Mediante la cláusula Décimo Sexta del Contrato N° 080-2008, las partes incorporaron un convenio arbitral para someter las controversias derivadas del mismo a arbitraje, estableciéndose expresamente lo siguiente:

"DÉCIMO SEXTA.- ARBITRAJE

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

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 272° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa".

III. SOLICITUD E INICIO DEL ARBITRAJE



1. Al haberse suscitado una controversia entre las partes, la Entidad solicitó al Contratista el inicio del proceso arbitral, según consta en el Oficio N° 122-2013/GRP-110000-PPADHOC-A, de fecha 25 de marzo de 2013.
2. Mediante Resolución N° 234-2013-OSCE/PRE de fecha 08 de julio de 2013, el OSCE designa al doctor Luis Manuel Juárez Guerra como Árbitro Único Ad Hoc, a efectos de que resuelva la controversia surgida entre las partes.
3. Con fecha 02 de setiembre de 2013, se emitió el Acta de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, en el cual se establecieron las reglas procesales a seguir en el presente arbitraje. Asimismo, en la referida Acta, se dejó constancia de la inasistencia del representante de la demandada, pese a encontrarse debidamente notificada. Adicionalmente, se otorgó un plazo de veinte (20) días hábiles a la Entidad, a fin de que cumpla con presentar su demanda arbitral.

IV. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL

1. Mediante escrito presentado el 05 de setiembre de 2013, dentro del plazo otorgado en el Acta de Instalación, la Entidad interpuso demanda arbitral postulando el siguiente petitorio:

"III. PETITORIO.

3.1 PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

Se ordene el canje de los bienes entregados que no cumplen con las especificaciones técnicas establecidas en las bases administrativas, tal como se comprometió el Contratista en su "Declaración Jurada del Plazo de Garantía de los Bienes Ofertados", o en su defecto, se ordene la devolución del importe pagado, ascendente al 90% del monto contractual (debido a que 40% del mobiliario se encontraba en mal estado y otro 50% tuvo que ser reparado por las propias instituciones educativas), a elección de la Entidad, en ejecución del Laudo Arbitral.

3.2 SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

Se declare la nulidad de la Conformidad, extendida mediante Informe N° 064-2009/GRP-440310-MMC (27.08.2009).

3.3 TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

Se ordene al Contratista el pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de S/. 250,000.00 por el daño moral ocasionado a la Entidad y a los beneficiarios del mobiliario cuyo interés público tutela la Entidad.

3.4 CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

Que, se disponga que el Contratista pague los costos del proceso arbitral, gastos administrativos y los honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral".

2. Con fecha 09 de octubre de 2013, mediante Resolución N° 2, se notificó notarialmente la demanda al Contratista, a fin de que la conteste en un plazo de veinte (20) días hábiles y, de estimarlo conveniente, formule reconvencción.
3. Mediante Resolución N° 3 de fecha 11 de noviembre de 2013, el Árbitro Único resolvió tener por no contestada la demanda, dado que, habiendo transcurrido el plazo otorgado al Contratista, éste no cumplió con pronunciarse, pese a haber sido debidamente notificado por vía notarial, con constancia de su recepción.
4. Con fecha 18 de febrero de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, dejándose constancia de la inasistencia de la parte demandada y estableciéndose los siguientes puntos controvertidos:

- Determinar si corresponde o no el canje de los bienes entregados que no cumplen con las especificaciones técnicas establecidas en las bases administrativas, tal como se comprometió el Contratista en su "Declaración

Jurada del Plazo de Garantía de los Bienes Ofertados" o, en su defecto, determinar si corresponde o no ordenar la devolución del importe pagado, ascendente al 90% del monto contractual (debido a que 40% del mobiliario se encontraba en mal estado y otro 50% tuvo que ser reparado por las propias instituciones educativas), a elección de la Entidad, en ejecución del Laudo Arbitral.

- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Conformidad, extendida mediante Informe N° 064-2009/GRP-440310-MMC de 27 de agosto 2009.
- Determinar si corresponde o no ordenar al contratista el pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de S/. 250,000.00 por el daño moral ocasionado a la Entidad y a los beneficiarios del mobiliario cuyo interés público tutela la Entidad.
- Determinar cuál de las partes y en qué proporción debe asumir el pago de las costas y costos que se deriven del presente proceso.

Respecto a la Admisión de Medios Probatorios, el Árbitro Único admitió las pruebas signadas con los numerales 1-D al 1-Q presentadas por el demandante en el acápite "Medios Probatorios" de su escrito de demanda.

Asimismo, el Árbitro dispuso la realización de una pericia de oficio, precisando que mediante Resolución posterior se establecería el mecanismo para la designación del perito.

5. Mediante Resolución 5, remitido por vía notarial, se puso en conocimiento de la demandada el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos.
6. Posteriormente, mediante Resolución N° 6, de fecha 31 de marzo de 2014, el Árbitro Único, de conformidad con lo establecido en los numerales 33 y 36 del Acta de Instalación, dispuso prescindir de la pericia de oficio al considerar que contaba con elementos suficientes para resolver la controversia materia de arbitraje. Asimismo, se dispuso que la Entidad remita, dentro del plazo de 05 (cinco) días, el Informe N° 064-2009/GRP-440310-MMC, el mismo que no había sido ofrecido ni adjuntado a la demanda, pese a haber solicitado su nulidad mediante la segunda pretensión principal de la demanda, de conformidad a lo establecido en el numeral 33 de Acta de Instalación.
7. Mediante escrito presentado el 16 de abril de 2014, la Entidad cumplió con presentar el Informe referido en el numeral precedente.
8. Mediante Resolución N° 8 de fecha 21 de abril de 2014, se declaró concluida la etapa probatoria y se dispuso otorgar a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus alegatos y conclusiones finales. Dicha Resolución fue notificada vía notarial al demandado.
9. Mediante escrito presentado el 28 de abril de 2014, la Entidad cumplió con presentar sus alegatos, solicitando a su vez Audiencia de Informes Orales, la cual fue programa para el 07 de mayo de 2014, mediante Resolución N° 09, y notificada a ambas partes. Asimismo, mediante la citada Resolución se dejó constancia que Roding no cumplió con presentar sus alegatos pese a estar debidamente notificada.
10. Mediante escrito presentado el 05 de mayo de 2014, la Entidad solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales, disponiéndose mediante Resolución N° 10, reprogramar dicha Audiencia para el 12 de mayo de 2014. Dicha Resolución fue notificada a Roding el 07 de mayo de 2014.
11. Con fecha 12 de mayo de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la presencia exclusiva del Gorepi, y la ausencia de la demandada, pese a haber sido debidamente notificada. Asimismo, se estableció un plazo para laudar de 30 días hábiles, prorrogables por 30 días hábiles adicionales.

12. Mediante Resolución N° 11, de fecha 20 de junio de 2014, notificada a las partes el 24 de junio de 2014, se dispuso prorrogar el plazo para laudar por 30 días hábiles adicionales, computados desde la fecha de vencimiento del plazo inicialmente fijado. Asimismo, se otorgó al Gorepi un plazo de tres días hábiles para que cumpla con efectuar el abono de gastos complementarios de la Secretaria Arbitral, bajo apercibimiento de suspender el proceso. Se deja constancia que dicho abono fue realizado dentro del plazo otorgado, dejando expedito el plazo para laudar.

VI. DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES:

POSICION DE LA DEMANDANTE

La demandante ha planteado su posición a través de sus escritos de demanda y de alegatos, la cual se resume en lo siguiente:

1. Sostiene la demandante que con fecha 09 de julio de 2008, la Entidad convocó la Licitación Pública N° 003-2008/GRP-ORA-CE para la "Adquisición de módulos escolares para inicial, primaria y secundaria", con un valor referencial de S/. 2'098,776.77 (Dos millones noventa y ocho mil setecientos setenta y seis con 77/100 nuevos soles), otorgándose la Buena Pro a la demandada el 12 de noviembre de 2008, y suscribiéndose el respectivo Contrato el 12 de diciembre de 2008 por el importe de S/. 1'469,181.26 (Un millón cuatrocientos sesenta y nueve mil ciento ochenta y uno y 26/100 nuevos soles).
2. Refiere la Entidad que la entrega del mobiliario finalizó el 17 de julio de 2009 según consta en Guía de Remisión N° 378, tal como se establece en la página 177 del Informe N° 003-2011-2-5349.
3. Señala, además, que con fecha 27 de agosto de 2013 se emitió la conformidad a través del Informe N° 064-2009/GRO-440310, de acuerdo con lo dispuesto en la página 183 de dicho informe.
4. Asimismo, indica que tal como está acreditado, mediante Hoja Informativa N° 017-2010/GRP-440310, se realizó una visita a las diferentes Instituciones Educativas, evidenciándose que el 40% del mobiliario objeto del contrato se encontraba en mal estado y otro 50% del mobiliario tuvo que ser reparado por las instituciones educativas beneficiarias del mismo.
5. Sostiene la Entidad que este hecho también se encuentra acreditado con el Informe N° 043-2010/GRP-120000-PRAF, del 21 de julio de 2010, elaborado por el ingeniero Pedro Raúl Alvarado Flores, en calidad de Auditor del Órgano Regional de Control Institucional.
6. Adicionalmente, manifiesta que en dicho informe se ha determinado que la madera utilizada en la confección del mobiliario escolar difiere de la especificada en el Expediente Técnico, pues el requerimiento era de 100% Cedro Amargo, pero solo el 70% del mobiliario escolar fue elaborado con dicho tipo de madera, encontrándose que el 20% corresponde a Cedro Rosado y el 10% restante a Madera Tornillo. La demandante precisa que lo mencionado también se encuentra acreditado mediante el Informe N° 13-2010/GRP-PyBS-M.A.R.C elaborado por el especialista forestal Miguel Ruesta Carrasco.
7. Ante ello, y dentro del plazo de garantía, la Entidad cursó diversas comunicaciones al Contratista con la finalidad de que subsane los defectos observados en el mobiliario escolar, las mismas que constan en los siguientes documentos:

- Oficio N° 003-2011/GRP-480400, de fecha 21 de enero de 2011.
- Oficio N° 143-2011/GRP-440310, de fecha 24 de marzo de 2011.

- Oficio N° 035-2011/GRP-480400, de fecha 25 de marzo de 2011.
 - Oficio N° 093-2011/GRP-480400, de fecha 22 de julio de 2012.
8. Según lo indicado por la Entidad, a pesar de los constantes requerimientos que se pusieron en conocimiento del Contratista, dentro del plazo de garantía que éste ofreció, de acuerdo con lo consignado en su propuesta económica, no cumplió con la subsanación respectiva.
 9. Prueba de ello, agrega, es que, a fin de dar cumplimiento a la Recomendación N° 12 del Informe N° 003-2011-2-5349, el Secretario General de la Entidad emitió el Memorando N° 077-2012/GRP-100010 dirigido al Jefe de la Oficina Regional de Administración; razón por la cual, la Oficina Regional de Administración emite el Memorando N° 345-2012/GRP-480000, mediante el cual designa una Comisión de Trabajo encargada de verificar (nuevamente) el estado del mobiliario escolar. Posteriormente, con fecha 18 de abril de 2012, dicha Comisión de Trabajo emite el Informe N° 001-2012/GRP-COMISION EVALUADORA mediante el cual se acredita que el estado de los muebles es deplorable.

Primera Pretensión Principal.-

10. Respecto a esta pretensión, la Entidad manifiesta que tal como lo establece la Cláusula Décimo Primera del Contrato, la conformidad del servicio otorgada por ella no enerva su derecho a reclamar posteriormente al Contratista por defectos y/o vicios ocultos.
11. Asimismo, señala que de conformidad con la Oferta presentada por el Contratista éste se obligó a subsanar estas deficiencias, mediante una garantía extendida, dentro de la vigencia de la cual se le solicitó en numerosas ocasiones el cumplimiento.
12. Precisa además que, tal como lo explicó en los antecedentes de su demanda y acreditó fehacientemente mediante los Anexos 1E, 1F, 1G y 1Q de la misma, el mobiliario objeto del contrato se encontró en un 90% en mal estado.
13. Por otro lado, refiere que, de conformidad con lo dispuesto en el literal f) del artículo 15° de la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, el Informe N° 003-2011-2-5349 tiene calidad de prueba preconstituida.
14. Por último, menciona que, a pesar que solicitó al Contratista subsanar los defectos constructivos y/o vicios ocultos observados, éste no respondió dichas solicitudes ni cumplió con ejecutar su garantía.

Segunda Pretensión Principal.-

15. En relación a esta pretensión, refiere la Entidad que corresponde se declare la nulidad de la conformidad de entrega, extendida mediante Informe N° 064-2009/GRP-440310-MMC, de 27 de agosto 2009, debido a que los muebles entregados por el Contratista incumplieron con las especificaciones técnicas.
16. Adicionalmente, indica que, aun cuando se esté solicitando la nulidad del documento, su no declaración no enerva la obligación de subsanación de vicios ocultos a la que se obligó el Contratista con su garantía extendida.

Tercera Pretensión Principal.-

17. En sustento de su posición, la Entidad invoca a Brebbia, para quien el daño moral es toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona.



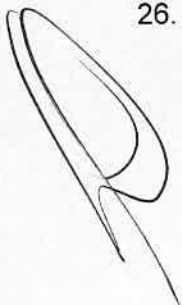
18. Siguiendo esta línea, la Entidad sostiene que sería inaceptable dejar desprotegidos los derechos extra patrimoniales de una persona jurídica, debiendo tomarse en cuenta que toda persona titular de derechos subjetivos extrapatrimoniales, o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter, puede ser sujeto pasivo de daño moral.
19. Así, refiere que negar la tutela a los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas o de existencia ideal, demuestra una visión restringida de daño moral, con lo cual se dejaría desamparado a un sujeto de derecho digno de tal protección.
20. Agrega que, debido a la naturaleza del daño moral, la cuantificación de la indemnización resulta compleja por tratarse de bienes personalísimos que no tienen valor establecido en el mercado, en el cual un juez pueda basarse para hacer este cálculo.
21. A tales efectos, la Entidad ofrece como parámetro objetivo al Árbitro Único la cantidad de muebles entregados en mal estado por el Contratista, cuyo número total fue de 270 para niños de Educación Inicial, 1,689 para niños de Primer y Segundo Grado de Primaria, 3,909 para niños entre Tercer y Sexto Grado de Primaria y 1,543 para niños de Secundaria, lo que hace un total de 7,411 muebles, de los cuales –señala- un 90% se entregó en mal estado y/o sin cumplir con las especificaciones técnicas, lo que equivale a unos 6,670 muebles.
22. Además, señala que como el mobiliario se usa anualmente, cada año transcurrido desde la fecha de entrega debe multiplicarse por el número de muebles en mal estado, con el fin de determinar el daño efectivo causado; de este modo, en cinco años, los muebles entregados estuvieron destinados a 33,350 niños. Al respecto, la demandante enfatiza que debe considerarse que se trata de niños escolares en situación de pobreza y extrema pobreza.
23. Adicionalmente, indica que la actuación antijurídica del Contratista ha traído como consecuencia un perjuicio en el desarrollo de la actividad pública de la Entidad, en el sector educación, perjudicando seriamente el derecho fundamental a la educación de 33,350 niños en situación de pobreza y extrema pobreza, así como el futuro de la Región Piura.
24. Finalmente, la Entidad fija como monto de reparación del daño moral la suma de S/. 250,000.00 (Doscientos cincuenta mil y 00/100 Nuevos Soles).

Cuarta Pretensión Principal.-

25. Sobre este punto, la Entidad indica que ha tenido que recurrir al arbitraje ante la negativa injustificada del Contratista de brindar la garantía por vicios ocultos a la que el mismo se obligó.
26. Además, precisa que a la fecha, la Entidad ha venido asumiendo el pago de honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral en su totalidad, debido a que ha tenido que subrogarse en la parte que correspondía al Contratista a fin de que el proceso no quede suspendido.
27. Por último, refiere que conforme al inciso 1 del artículo 73° del Decreto Legislativo 1071, el Tribunal Arbitral deberá disponer que el Contratista asuma el pago de los costos del presente arbitraje.

Fundamentos de derecho.-

26. La Entidad invoca como sustento legal de sus pretensiones las siguientes disposiciones:



- Artículo 51° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.
- Artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.
- Artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1017, el cual norma el Arbitraje.

POSICION DE LA DEMANDADA

27. Conforme es de apreciarse de los cargos de notificación que obran en el expediente, la demandada ha sido debidamente notificada de todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo en el presente proceso arbitral, pese a lo cual, no se ha apersonado al mismo, ni ha presentado o formulado defensa alguna en su favor.

VII. POSICION DEL ÁRBITRO ÚNICO

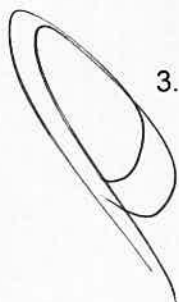
De conformidad con la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, los procesos de contratación iniciados antes de la entrada en vigencia de dicho Decreto Legislativo se rigen por sus propias normas.

Habiendo sido convocado el proceso de selección, del cual se derivó el contrato objeto del presente arbitraje, durante la vigencia del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, por aplicación de la disposición citada en el párrafo precedente, el presente arbitraje se rige por las disposiciones de esta normativa.

Lo anterior queda acreditado además con lo dispuesto en las Bases Administrativas de la Licitación Pública N° 003-2008/GRP-ORA-CE, al consignarse las normas citadas como la base legal del referido proceso.

VII.1 PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.- DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO EL CANJE DE LOS BIENES ENTREGADOS QUE NO CUMPLEN CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS ESTABLECIDAS EN LAS BASES ADMINISTRATIVAS, TAL COMO SE COMPROMETIÓ EL CONTRATISTA EN SU "DECLARACIÓN JURADA DEL PLAZO DE GARANTÍA DE LOS BIENES OFERTADOS" O, EN SU DEFECTO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DEL IMPORTE PAGADO, ASCENDENTE AL 90% DEL MONTO CONTRACTUAL (DEBIDO A QUE 40% DEL MOBILIARIO SE ENCONTRABA EN MAL ESTADO Y OTRO 50% TUVO QUE SER REPARADO POR LAS PROPIAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS), A ELECCIÓN DE LA ENTIDAD, EN EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

1. De acuerdo con lo planteado en la demanda, bajo esta primera pretensión la Entidad solicita se le concedan las pretensiones alternativas antes mencionadas, para lo cual, las sustenta en la existencia de vicios ocultos en los bienes entregados por el Contratista, situación que, según indica, debió ser subsanada con la garantía que éste ofreció en su Oferta.
2. En consecuencia, lo que corresponde es evaluar si subsiste la obligación del contratista de responder por los vicios ocultos de los bienes entregados y, si el Contrato estableció los mecanismos para ello.
3. Respecto al tema de los vicios ocultos, Castillo Freyre postula la siguiente definición:



*"Se entiende por vicios ocultos a "(...) toda imperfección existente sobre el bien transferido que lo hace inadecuado para cumplir con el fin que motivó su adquisición. Esos vicios, entonces, hacen que el bien sea impropio para su destino, de modo que si el adquirente los hubiese conocido no lo habría adquirido, o habría dado menos por él"*¹.

4. En ese sentido, y de acuerdo además con León Flores, la institución de los vicios ocultos garantiza que, ante la presencia de defectos o imperfecciones que no pudieron ser detectados en el acto de entrega del objeto materia de la transferencia, el adquirente obtenga el saneamiento correspondiente².
5. Asimismo, Castillo Freyre indica que, para la configuración de la responsabilidad del transferente, deben concurrir los siguientes requisitos³:
 - i. Que los vicios sean coetáneos o anteriores a la enajenación del bien; es decir, que el vicio preexista a la adquisición del bien, por lo cual, lo relevante no es el momento en que se manifiesta el vicio sino cuándo se originó.
 - ii. Que los vicios sean graves, de modo que el bien sea impropio para el uso al que se le destina o que su utilidad haya disminuido sensiblemente; por lo cual, se puede presumir que si el adquirente hubiese conocido estos vicios no hubiese adquirido el bien o, hubiese pagado un precio inferior por él.
 - iii. Que los vicios sean ocultos, lo cual implica que aun cuando el adquirente haya actuado diligentemente, no los haya conocido al efectuarse la transferencia.
6. Sobre el particular, el artículo 51° de la Ley establece lo siguiente:

"Artículo 51.- Responsabilidad del contratista.-

*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 año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.
(...)"*

7. Cabe precisar que el derecho de la Entidad a reclamar por defectos o vicios ocultos en los bienes transferidos no se ve afectado por la emisión de la conformidad de los mismos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 233° del Reglamento, a saber:

***"Artículo 233.- Recepción y conformidad
(...)"***

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos."

8. En concordancia con lo dispuesto en el citado artículo 233°, se estableció en el numeral 3.6 de las Bases Administrativas de la Licitación Pública N° 003-2008/GRP-ORA-CEP, relativo a la forma y condiciones de pago, lo siguiente:

"3.6. Forma y Condiciones de Pago

La recepción conforme del Gobierno Regional, no enerva el derecho a reclamo posterior por defectos o vicios ocultos (...)"

¹ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO. "El Arbitraje en la Contratación Pública". Primera Edición. Lima: Palestra Editores. P. 98

² LEÓN FLORES, Jorge. Apuntes históricos en torno de "los vicios ocultos" en el derecho administrativo y en el derecho civil peruanos. Gestión Pública y Desarrollo. Lima, 2011, pp. 13-14.

³ CASTILLO FREYRE, Mario. Óp. cit. P. 99

9. La misma disposición fue recogida a su vez en la Cláusula Décimo Primera del Contrato N° 080-2008, suscrito entre la Entidad y el Contratista, a saber:

"CLAUSULA DÉCIMO PRIMERA: RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS

La conformidad del servicio por parte de LA ENTIDAD no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos"

10. De manera complementaria, mediante el literal h) del numeral 2.2.1 Contenido de las Propuestas / Documentos de Presentación Obligatoria de las Bases Administrativas se estableció como documento obligatorio a presentar, el de la Declaración Jurada en la que se consigne el plazo de garantía de los bienes que oferta.
11. Asimismo, el Capítulo V FACTORES DE EVALUACION de las Bases, estableció en el rubro III la de la GARANTIA, cuyo máximo puntaje de 20 puntos se asignaba a aquellas propuestas que ofrecieran dos años a más de garantía de los bienes.
12. En virtud a ello, mediante la Declaración Jurada del plazo de garantía de los bienes ofertados, y durante la etapa del proceso de selección, el Contratista ofreció expresamente, como parte de su propuesta técnica, lo siguiente:

- *Reponer en el lapso de 24 horas el Mobiliario Escolar que presente algún defecto de fabricación.*
- *Ofrecer una garantía de 25 meses del Mobiliario Escolar fabricado, contados a partir de la fecha de recepción del mismo, en condiciones de uso normales y de almacenamiento, asegurando la durabilidad en razón de que se cumplirá paso a paso lo que expresan las especificaciones técnicas y se empleará los materiales de la mejor calidad que expreso en el detalle de la confección"*

13. Conforme es de advertirse, la aludida garantía comercial fue considerada como un factor determinante para la evaluación de la propuesta técnica del postor, equivalente hasta por el 20% de la misma, habiéndose adjudicado en este caso dicho máximo puntaje al demandado, por haber ofrecido un plazo de garantía de 25 meses.

14. Lo señalado consta en el Informe N° 003-2011-2-5349, que establece lo siguiente:

"De la revisión a las citadas Bases Administrativas, se determinó que el plazo de la garantía a la confección del mobiliario fue objeto de otorgamiento de puntaje, razón por la que tal factor resultaba decisivo al momento de evaluar a los postores. El puntaje que se otorgaba por dicho rubro fue el siguiente:

- *Dos años a más: 20 puntos*
- *De uno a dos años: 10 puntos".*

15. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta también que el sustento legal de la incorporación de dicha garantía como factor de evaluación se encuentra recogido en el inciso b) del artículo 65° del Reglamento, el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 65.- Factores de evaluación para la adquisición de bienes

- 1) *En caso de adquisición de bienes podrán considerarse los siguientes factores de evaluación de la propuesta técnica, según corresponda al tipo del bien, su naturaleza, finalidad, funcionalidad y a la necesidad de la Entidad:*
(...)

b) Garantía comercial del postor y/o del fabricante
(...).

16. Al respecto, y a manera interpretativa, el Pronunciamiento N° 099-2012/DSU emitido por el OSCE, se ha pronunciado sobre la garantía comercial precisando lo siguiente:

"(...) evaluar la Garantía Comercial persigue que la Entidad obtenga un mayor periodo de cobertura, sin coste suplementario, durante el cual pueda exigir la sustitución, reparación, o todo aquello que involucre la salvaguarda del bien, en caso de que éste no corresponda a las condiciones enunciadas en las especificaciones técnicas (...)"

17. Asimismo, el Pronunciamiento N° 108-2013/DSU emitido por la Dirección de Supervisión del OSCE, ha establecido un importante criterio que vincula el tiempo de responsabilidad por los vicios ocultos respecto del plazo de la garantía comercial, al señalar lo siguiente:

"3.1 Responsabilidad por Vicios Ocultos"

En la Cláusula undécima de la proforma del contrato, referida a los vicios ocultos, se ha señalado que el plazo máximo de responsabilidad es de un (1) año. Sin embargo, en los requerimientos técnicos mínimos se ha establecido que la garantía comercial requerida es de dos (2) años. Dado que el tiempo de responsabilidad por vicios ocultos debe ser igual o mayor a la garantía comercial, la misma debe modificarse de acuerdo a ello."

18. Lo manifestado en el citado Pronunciamiento tiene su justificación en lo establecido en el artículo 51° de la Ley, antes detallado, conforme al cual, la responsabilidad del contratista por los vicios ocultos es no menor a un año, de lo cual se desprendería que el plazo de toda garantía comercial prevista en las Bases, que supere el plazo de un año, serviría de respaldo para garantizar la reparación de los vicios ocultos de los bienes entregados.
19. En ese sentido, habiendo el contratista ofrecido en el presente caso una garantía comercial de 25 meses, y de acuerdo a los criterios interpretativos recogidos también en los pronunciamientos citados anteriormente, queda claro en el presente caso que los vicios ocultos derivados de los bienes entregados suponían un plazo mínimo de responsabilidad del contratista, equivalente a 25 meses, que es el plazo de la garantía comercial ofrecida por el mismo.
20. Ahora bien, y conforme es de advertirse de los actuados, dentro del plazo de vigencia de la garantía comercial, la Entidad habría cursado diversas comunicaciones al Contratista con la finalidad de que subsane los defectos observados en el mobiliario escolar. Así, de los medios probatorios ofrecidos por la Entidad, se observa que se cursaron las siguientes comunicaciones al Contratista:

- Oficio N° 003-2011/GRP-480400, de fecha 21 de enero de 2011, por el que se informa al Contratista que el mobiliario entregado presenta deficiencias y se le solicita que cumpla con la ejecución de la garantía ofrecida.
- Oficio N° 143-2011/GRP-440310, de fecha 24 de marzo de 2011, por el que se otorga al Contratista un plazo de 15 días hábiles para atender las observaciones formuladas.
- Oficio N° 035-2011/GRP-480400, de fecha 25 de marzo de 2011, por el que se comunica al Contratista que, tras haberse supervisado las

Instituciones Educativas receptoras del mobiliario, se detectó que el 50% del mobiliario entregado estaba defectuoso.

- Oficio N° 093-2011/GRP-480400, de fecha 22 de julio de 2011, por el que se requiere al Contratista que cumpla con la reparación del mobiliario, dado que mediante Carta S/N de fecha 31 de enero de 2011, éste se había comprometido a ello.
21. En particular, mediante el referido Oficio N° 035-2011/GRP-480400, de fecha 25 de marzo de 2011, el Contratista a través de la Carta S/N de fecha 31 de enero de 2011, se comprometió a efectuar las reparaciones respectivas, designando para tal fin al señor Adán Chero Anastasio, a pesar de lo cual, y conforme a lo alegado por la Entidad, el Contratista no habría cumplido con hacer efectiva la garantía comercial otorgada a favor de la Entidad.
 22. Cabe señalar que la decisión de la Entidad de exigir el cumplimiento de la referida garantía se sustentó en la Recomendación N° 12 del Informe N° 003-2011-2-5349, según consta en el Memorando N° 077-2012/GRP-100010, elaborado por la Entidad y dirigido al Jefe de la Oficina Regional de Administración.
 23. En el referido informe se consignan los resultados obtenidos como consecuencia de las visitas efectuadas a diversas instituciones educativas receptoras del mobiliario. En ese sentido, conforme a lo indicado en la Hoja Informativa N° 017-2010/GRP-440310, elaborada por la Oficina Regional de Control Institucional, los resultados fueron los siguientes: de una muestra de 1513 módulos, el 40% del mobiliario se encontraba deteriorado, debido a defectos y vicios ocultos en la confección y armado de piezas, fijación deficiente de los tableros a su base de apoyo y la utilización de la misma sin la aplicación de la técnica de secado de los tableros de las sillas. Además, se precisa que el 50% del mobiliario tuvo que ser reparado por las propias instituciones educativas. Adicionalmente, a partir del análisis efectuado por el ingeniero forestal Miguel Ángel Rueda Carrasco, se detectó que 473 módulos escolares fueron elaborados con madera que difiere de la especificada en el Expediente Técnico, siendo esta Cedro Amargo. En ese sentido, se precisa que sólo el 70% del mobiliario fue fabricado con el tipo de madera solicitada; mientras que el 20% del mobiliario se elaboró con Cedro Rosado y el 10% restante con Madera Tornillo.
 24. En relación al mencionado Informe, la Entidad señala que éste tiene calidad de prueba preconstituida, de conformidad con el literal f) del artículo 15° de la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
 25. Sobre el particular, debe indicarse que el referido informe fue emitido por la Oficina Regional de Control Institucional del Gobierno Regional de Piura, ente considerado como Órgano Desconcentrado, de acuerdo con el artículo 38° de la Ley 27785, el cual indica lo siguiente:

"Artículo 38°.- Órganos desconcentrados

La Contraloría General cuenta con Oficinas Regionales de Control como órganos desconcentrados en el ámbito nacional, con el objeto de optimizar la labor de control gubernamental y cuyo accionar contribuirá activamente con el cumplimiento de los objetivos del proceso de descentralización del país; encontrándose facultada para establecer Oficinas adicionales, en ejercicio de su autonomía administrativa y de acuerdo con el avance gradual del referido proceso.

Dichos órganos desconcentrados tienen como finalidad planear, organizar, dirigir, ejecutar y evaluar las acciones de control en las entidades descentralizadas bajo su ámbito de control. Las competencias funcionales y su

ámbito de acción, serán establecidos en las disposiciones que para el efecto emita la Contraloría General".

26. De este modo, al Informe expedido por el indicado órgano, le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 15° de la Ley N° 27785, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 15°.- Atribuciones del sistema

Son atribuciones del Sistema:

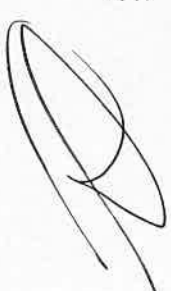
f) Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba pre-constituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes (...)."

27. En relación a la naturaleza o características de los Informes de Control, Gómez Orbaneja, lo define como "(...) aquella en que el medio o fuente de prueba preexiste al proceso, o sea, la prueba mediante la cual se trae al proceso una representación ya formada a fin de comunicar al Juez por ese medio y fijar en la sentencia la existencia del hecho representado que constituye el *thema probandum*"⁴.
28. Por su parte, Morón Urbina precisa que "(...) la prueba pre-constituida sirve para dar inicio a los procesos judiciales o procedimientos administrativos sancionadores pertinentes (según sea el caso), teniendo validez probatoria para definir la situación jurídica del imputado."⁵
29. Asimismo, el citado autor desarrolla algunas reglas sobre el valor probatorio de los informes de control a partir de criterios expuestos por la Corte Suprema⁶, a saber:
- a. Tienen eficacia valorativa, por lo que son aptos para enervar la presunción de inocencia y fundamentar una condena; ello, en la medida en que hayan atravesado satisfactoriamente el debate contradictorio, es decir, que cuenten con fundamento probatorio suficiente y que no existan otros medios probatorios que le resten eficacia.
 - b. No limitan ni excluyen la actuación de otras pruebas para comprobar los hechos en el proceso.
 - c. Generalmente, el juez pide otra pericia sobre los mismos hechos, en caso de que existan cuestionamientos razonables sobre el valor, estructura o calidad del informe.
 - d. Si existen pericias discordantes, el juez pueda optar por aquella pericia que se ajuste más razonablemente al conjunto de medio probatorios.
30. De esta manera, luego de analizar el Informe N° 003-2011-2-5349, antes citado, elaborado por la Oficina Regional de Control Institucional del Gobierno Regional de Piura, se desprende del mismo una evaluación exhaustiva y detallada de la situación en la que se encontraban los mobiliarios escolares, habiéndose llevado incluso las diligencias o inspecciones de dicho mobiliario con personal especializado en la materia, todo lo cual genera convicción en el Árbitro Único respecto a la existencia de deficiencias o vicios ocultos en el 90% del mobiliario escolar entregado por el demandado, con lo que queda evidenciado el

⁴ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. "La prueba pre-constituida". En: Anales de la Academia Matritense del Notariado. Madrid: 1950. Tomo II, Segunda Edición, p. 87.

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Los informes de control y su calidad de prueba preconstituida: La posición de la Corte Suprema al respecto". Gestión Pública y Desarrollo. Lima, 2011, p. 6.

⁶ Ibídem. Pp. 9-11

- incumplimiento contractual por parte del Contratista, al haber entregado bienes defectuosos, con características distintas a las pactadas contractualmente.
31. Considerando que el referido informe tiene calidad de prueba preconstituida, de conformidad con el literal f) del artículo 15° de la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y, dado que cuenta con eficacia probatoria suficiente, se pueden obtener de la misma conclusiones fundamentadas para adoptar una debida decisión.
 32. Por otro lado, luego de acreditadas las deficiencias o vicios ocultos del 90% de los productos entregados por la demandada, corresponde determinar las consecuencias que se derivan de dicha situación, considerando además que, en el presente caso, la demandada ha otorgado una garantía comercial a favor de la Entidad para respaldar la idoneidad de los bienes entregados.
 33. Al respecto, es importante precisar que la normativa de contrataciones públicas aplicable al presente caso, no contiene disposición alguna que regule de manera detallada y específica cuáles son los derechos o efectos que se generan como consecuencia de la determinación de vicios ocultos, salvo los efectos generales señalados en considerandos precedentes, conforme a los cuales los contratistas son responsables por los vicios ocultos (artículo 51 de la Ley), o que la conformidad no enerva el derecho de la Entidad de reclamar por vicios ocultos (artículo 233° del Reglamento), o que tal controversia se somete a arbitraje (artículo 234° del Reglamento).
 34. Lo mismo ocurre respecto de la garantía comercial que se otorga a favor de la Entidad, habiéndose regulado únicamente como un factor de evaluación, conforme se desprende del artículo 65° del Reglamento antes citado.
 35. Bajo tales premisas, y a efectos de identificar los derechos específicos que se derivan tanto del supuesto de vicios ocultos como de la garantía comercial, es necesario recurrir, en primer lugar, a lo establecido en el Contrato, que incluye las Bases Administrativas y la propuesta ganadora, así como, supletoriamente, a lo establecido en las normas del Código Civil que regulan dichas materias.
 36. En relación a los vicios ocultos, y según vimos en considerandos precedentes, el Contrato en su conjunto se limita a reproducir las disposiciones generales de la normativa de contrataciones públicas, las cuales no precisan los mecanismos o derechos pecuniarios que se derivan de dicha situación.
 37. Sin embargo, y de manera supletoria, el Código Civil sí regula el supuesto de vicios ocultos, incluidas las consecuencias que se generan de dicha situación.
 38. En primer lugar, tenemos la regla general establecida en el artículo 1485° del Código Civil conforme al cual, y en virtud del saneamiento, el transferente está obligado a responder frente al adquirente, entre otros, por los vicios ocultos del bien que no permitan destinarlo a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor.
 39. Dicha disposición es concordante con los artículos 1503° y 1505° del Código Civil según los cuales el transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia, cuando el bien carezca de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.
 40. Ahora bien, definidos los alcances del saneamiento por vicios ocultos previstos en el Código Civil, corresponde identificar los efectos o derechos que se derivan del mismo, los cuales vienen regulados por los artículos 1511° al 1513° de dicho cuerpo legal.
 41. En primer lugar, el artículo 1511° contempla la acción redhibitoria en favor del adquirente, en virtud de la cual, tiene el derecho a pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato, imponiéndose al transferente, como consecuencia de ello y en virtud al artículo 1512°, la obligación de pagar al adquirente:
- 


1. El valor que tendría el bien al momento de la resolución, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición.
 2. Los intereses legales desde el momento de la citación con la demanda.
 3. Los gastos o tributos del contrato pagados por el adquirente.
 4. Los frutos del bien que estuviesen pendientes al momento de la resolución.
 5. La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios.
42. Por su parte, el artículo 1513° contempla otra acción distinta en favor del adquirente, consistente en la Acción Estimatoria, en virtud de la cual, el mismo puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, sin perjuicio del derecho que contempla el artículo 1512°, inciso 5.
43. Como se puede apreciar, a diferencia de la acción redhibitoria o resolutoria, la acción estimatoria no busca eliminar la relación contractual sino restablecer el equilibrio económico financiero entre las prestaciones de las partes, como consecuencia de la existencia de vicios en las prestaciones del transferente.
44. Sobre el particular, Ísmodes y Zegarra⁷ sostienen, en relación a la acción estimatoria, lo siguiente:

"Siendo que (...) se concluye que la actio quanti minoris correspondería entablarse para obtener la compensación por el menor valor del derecho que se adquiere, como resultado del vicio que afecta al bien y no simplemente el menor valor del bien, debe mencionar ahora que la acción estimatoria no busca romper la relación jurídica existente entre transferente y adquirente (lo que sí ocurre en la resolución contractual), sino restablecer equitativamente las posiciones subjetivas iniciales, llámese el equilibrio contractual."

45. Por otro lado, corresponde determinar los derechos derivados de la garantía comercial otorgada por el contratista, para cuyo efecto, y conforme a lo señalado en considerandos precedentes, se debe tener en cuenta lo establecido en el Contrato (incluidas las Bases y la propuesta ganadora), así como, de manera supletoria, lo establecido en el Código Civil.
46. Sobre el particular, y de acuerdo a lo señalado en considerandos precedentes, una de las Declaraciones Juradas presentada por la demandada, junto con su propuesta técnica, contenía los siguientes ofrecimientos:

- Reponer en el lapso de 24 horas el Mobiliario Escolar que presente algún defecto de fabricación.
- Ofrecer una garantía de 25 meses del Mobiliario Escolar fabricado, contados a partir de la fecha de recepción del mismo, en condiciones de uso normales y de almacenamiento, asegurando la durabilidad en razón de que se cumplirá paso a paso lo que expresan las especificaciones técnicas y se empleará los materiales de la mejor calidad que expreso en el detalle de la confección.

47. El artículo 1523° del Código Civil refuerza de manera supletoria la obligación contraída por el contratista mediante la declaración jurada antes citada, al establecer que si el transferente garantiza el buen funcionamiento del bien transferido durante cierto tiempo, el adquirente que alegue vicio o defecto de funcionamiento debe comunicarlo al transferente, pudiendo entablar las acciones correspondientes. Ciertamente, si bien esta norma establece plazos menores a

 ⁷ ISMODES TALAVERA, Javier y Adolfo ZEGARRA AGUILAR. Código Civil Comentado, 2da ed., 2007, Ed. Gaceta Jurídica, t.VII, pag. 722

los previstos en la garantía comercial otorgada en el presente caso, debe advertirse que los plazos del Código Civil aplican de manera supletoria, por lo que debe estarse a los plazos pactados por las partes.

48. Ahora bien, y conforme es de apreciarse de la primera pretensión bajo análisis, la Entidad ha demandado, alternativamente, las siguientes pretensiones, a elección de la entidad, en ejecución del laudo arbitral:

- i) Determinar si corresponde o no el canje de los bienes entregados que no cumplen con las especificaciones técnicas establecidas en las bases administrativas, tal como se comprometió el contratista en su "declaración jurada del plazo de garantía de los bienes ofertados" o, en su defecto,
- ii) Determinar si corresponde o no ordenar la devolución del importe pagado, ascendente al 90% del monto contractual (debido a que 40% del mobiliario se encontraba en mal estado y otro 50% tuvo que ser reparado por las propias instituciones educativas),

49. En relación al primer extremo de la primera pretensión de la demanda, y de acuerdo a lo expresado en considerandos precedentes, mediante la garantía comercial ofrecida en su propuesta técnica la demandada se comprometió expresamente a reponer en el lapso de 24 horas el mobiliario escolar que presente algún defecto de fabricación, habiéndose exigido dicha reclamación dentro del plazo de 25 meses concedido por la misma.

50. Siendo un ofrecimiento expreso de la demandada el de reponer el mobiliario escolar defectuoso, el mismo es coincidente con el primer extremo de la pretensión exigida por la Entidad, esto es, que el Contratista proceda al canje de los bienes entregados que no cumplen con las especificaciones técnicas establecidas en las Bases Administrativas.

51. Por otro lado, en relación a la segunda pretensión alternativa, comprendida en la primera pretensión principal, y de acuerdo a lo señalado en considerandos precedentes, si bien ni el Contrato (incluidas las Bases y propuesta ganadora), ni la normativa de contrataciones públicas, regulan en detalle los efectos o derechos derivados de los vicios ocultos en los bienes entregados, es de advertirse que, de manera supletoria, el Código Civil sí contempla una serie de acciones que pueden ser implementadas por el adquirente de los mismos.

52. En particular, vimos cómo la Entidad adquirente tiene la facultad de ejercitar la acción estimatoria, en virtud de la cual, y sin llegar al extremo de exigir la resolución del contrato, puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, y sin perjuicio del derecho que contempla el artículo 1512°, inciso 5, del citado Código.

53. En consecuencia, habiendo exigido además la Entidad, mediante su primera pretensión, y de manera alternativa, la devolución del importe pagado, ascendente al 90% del monto contractual, debido a que el 40% del mobiliario se encontraba en mal estado y otro 50% tuvo que ser reparado por las propias instituciones educativas, todo lo cual ha quedado acreditado mediante el Informe N° 003-2011-2-5349, de la Oficina de Control Institucional de la Entidad, la misma es consistente con la acción estimatoria contemplada en el artículo 1513° del Código Civil, antes detallado.

54. Siendo ello así, la primera pretensión principal de la demanda debe ser declarada fundada en todos sus extremos, correspondiendo que el contratista proceda con el canje de los bienes entregados que no cumplen con las especificaciones técnicas establecidas en las bases administrativas o, en su defecto, que proceda a la devolución del importe pagado, ascendente al 90% del monto contractual, a elección de la Entidad, en ejecución del Laudo Arbitral.

VII.2 **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Conformidad extendida mediante Informe N° 064-2009/GRP-440310-MMC de 27 de agosto 2009**

55. En virtud a la pretensión bajo análisis, la Entidad solicita se declare la nulidad del Informe N° 064-2009/GRP-440310-MMC, por el cual se dio la conformidad a los bienes entregados por el contratista, para cuyo efecto se deberá proceder a analizar, en primer lugar, la naturaleza del acto por el cual se otorga la referida conformidad, luego de lo cual, corresponderá determinar si es procedente o no declarar la nulidad de dicho acto.
56. En relación al contrato que vincula a la Entidad y al contratista, no cabe duda que se trata de un Contrato Administrativo regulado por normas especiales de Derecho Administrativo contenido en la normativa de contrataciones públicas y, de manera supletoria, por las demás normas de Derecho Público y, en última instancia, por las del derecho común (Código Civil).
57. Bajo dicha premisa, el Árbitro Único se adscribe a la posición conforme a la cual cuando una Entidad Pública participa en un Contrato Administrativo, como el que es materia de controversia, lo hace investido como Administración Pública, esto es, desarrollando sus actuaciones bajo las formalidades, capacidades y prerrogativas que le son impuestas o de las que goza en virtud al Derecho Público.
58. Al respecto, Dromi⁸ sostiene que:

"el Estado tiene una sola personalidad, que es pública", por lo que, agrega, "los actos emanados de órganos administrativos están siempre regidos en cuanto a su competencia, procedimiento, voluntad y forma, por el derecho administrativo". Finalmente, concluye precisando que "en los contratos administrativos hallamos los mismos elementos que en los actos administrativos: sujetos (competencia y capacidad); voluntad; objeto, y forma".

59. En ese sentido, en relación al proceso de contratación pública, la etapa de ejecución contractual tiene como un hito fundamental el de la conformidad de las prestaciones ejecutadas por el contratista, la cual es otorgada por la Entidad, en la medida que de ello se desprenden una serie de efectos jurídicos relevantes en el referido proceso.
60. Sobre el particular, los artículos 233° y 234° del Reglamento establecen lo siguiente:

"Artículo 233.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o de los funcionarios designados por la Entidad, sin perjuicio de lo que esta última disponga en sus normas de organización interna.

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 fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignarán en el Acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días.

 ⁸ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Ed. Gaceta Jurídica, 2005, Lima, t.I, pags. 453-454 y 457.

Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

"Artículo 234.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso."


61. Como se puede apreciar, la conformidad de la Entidad supone una serie de formalidades y genera, entre otros, los siguientes efectos: i) es de competencia de los órganos designados por la Entidad, ii) requiere de un informe del funcionario responsable del área usuaria, iii) una vez emitida, tiene como consecuencia la culminación definitiva del contrato, cerrándose el expediente, iv) no enerva el derecho de reclamar por defectos o vicios ocultos.
62. Lo relevante de la descripción precedente es que evidencia claramente los elementos de todo acto administrativo, tal como lo conceptúa el artículo 1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, a saber:

"Artículo 1. - Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

(...)."

63. En consecuencia, queda evidenciado que la conformidad brindada por la Entidad, luego de cumplida la prestación del contratista, consistente en la entrega de los bienes, constituye claramente un acto administrativo en la medida que supone i) una declaración o manifestación de voluntad de la Entidad, consistente en la conformidad de la prestación del contratista, ii) se efectúa bajo el marco de normas de Derecho Público, en este caso, de la normativa de contrataciones públicas, iii) produce efectos jurídicos en el administrado, lo cual se traduce en el derecho al pago de la contraprestación a favor del contratista.
64. Siendo la conformidad brindada por la Entidad un acto administrativo, le resulta de aplicación el régimen del acto administrativo, siéndole aplicable, en primer lugar, las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento y, de manera supletoria, la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444. En última instancia, el Código Civil.
65. En relación a la nulidad de los actos administrativos dictados por una Entidad, el artículo 57° de la Ley establece como causales para dictaminar tal nulidad en los siguientes casos:
 - i. Cuando hayan sido dictados por órgano incompetente
 - ii. Contravengan normas legales
 - iii. Contengan un imposible jurídico
 - iv. Prescindan de las formas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable

- 
66. De acuerdo a lo manifestado por el demandante en su escrito de demanda, el mismo invoca la nulidad de la conformidad otorgada por la Entidad en la medida

- que ha quedado acreditado que los muebles entregados por el Contratista incumplieron con las especificaciones técnicas.
67. Al respecto, y de la lectura del artículo 57° antes citado, es de advertirse que el incumplimiento de las especificaciones técnicas de los bienes entregados no incurre en ninguno de los supuestos contemplados en dicho artículo como causal de nulidad de la conformidad.
68. En efecto, si bien con posterioridad a la recepción de los bienes se determinó que los mismos presentaban fallas o defectos, ello no constituye *per se* un supuesto de nulidad de dicha conformidad, sino la simple verificación de que tales bienes no habían cumplido con las especificaciones ofrecidas, constituyendo en todo caso un supuesto de incumplimiento del contrato.
69. En ese sentido, si bien la conformidad de los bienes genera una serie de efectos, tales como la culminación del contrato y el cierre del expediente técnico, conforme al artículo 234° del Reglamento, es de advertirse, como lo ha hecho también el demandante, que el último párrafo del artículo 233° del Reglamento contempla el derecho de la Entidad a reclamar posteriormente por los defectos o vicios ocultos que se presenten.
70. En consecuencia, advertida y/o determinada la existencia de vicios ocultos en los bienes entregados, y de manera excepcional y por disposición de legal, cobran vigencia nuevamente los derechos de la Entidad emanados del contrato y de las disposiciones legales aplicables para iniciar las acciones señaladas en los considerandos precedentes, entre otras, la acción redhibitoria o la estimatoria.
71. Por tanto, no habiéndose incurrido en el presente caso en ninguna de las causales para declarar la nulidad de la conformidad otorgada por la Entidad, corresponde declarar infundada la segunda pretensión de la demanda.

VII.3 TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL CONTRATISTA EL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR LA SUMA DE S/. 250,000.00 POR EL DAÑO MORAL OCASIONADO A LA ENTIDAD Y A LOS BENEFICIARIOS DEL MOBILIARIO CUYO INTERÉS PÚBLICO TUTELA LA ENTIDAD

72. En virtud al punto controvertido bajo análisis, corresponde determinar, en primer lugar, si el contratista tiene derecho a la indemnización que reclama, así como, de ser el caso, si tiene derecho al *quantum* indemnizatorio invocado.
73. En ese sentido, y tal como fuera analizado en los considerandos del primer punto controvertido, frente a la existencia de vicios ocultos en los bienes entregados por el contratista, la Entidad hizo ejercicio, mediante su primera pretensión, de dos acciones, vía pretensiones alternativas, a saber: i) la contemplada en la garantía comercial, ofrecida por el Contratista junto con su propuesta técnica, por la cual exige la reposición o canje de los bienes entregados que no cumplen con las especificaciones técnicas establecidas en las Bases Administrativas y, ii) la acción estimatoria, contemplada en el artículo 1513° del Código Civil, por la cual exige la devolución del importe pagado, ascendente al 90% del monto contractual.
74. Ahora bien, e independientemente de haber sido declarada fundada la primera pretensión principal, que contiene a su vez las dos pretensiones alternativas antes señaladas, es importante tener en cuenta el último extremo del artículo 1513° del Código Civil, que sirvió de base legal a la segunda pretensión alternativa:

"Acción estimatoria"

Artículo 1513°.- *El adquirente puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción*

de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, sin perjuicio del derecho que contempla el artículo 1512°, inciso 5.

75. A su vez, el artículo 1512°, inciso 5, establece lo siguiente:

"Efectos de la resolución

Artículo 1512.- *La resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente:
(...)*

5.- La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios."

76. Como se puede apreciar, la acción estimatoria contemplada en el artículo 1513° del Código Civil puede ser ejercida sin perjuicio de la acción indemnizatoria por los daños y perjuicios que hubieran generado los vicios ocultos, conforme lo establece expresamente dicho artículo.
77. En consecuencia, habiendo hecho ejercicio de la referida acción estimatoria en el presente caso, la Entidad tiene pleno derecho a reclamar a su vez la indemnización por los daños y perjuicios generados, correspondiendo determinar si es procedente la indemnización por daño moral reclamado, así como el monto o *quantum* exigido por dicho concepto.
78. En primer lugar, debe hacerse referencia a aspectos conceptuales ligados a la responsabilidad civil, la cual, según Fernández, constituye aquel conjunto de consecuencias jurídicas que resulta de haber asumido una situación jurídica pasiva, ya sea por la voluntad de quien se obliga o por alguna disposición normativa en ese sentido⁹.
79. Para Taboada, si bien la responsabilidad civil es una sola, existen dos manifestaciones de responsabilidad, contractual y extracontractual, categorías que tienen en común la idea de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar¹⁰. Asimismo, y a efectos de distinguir ambos tipos de responsabilidad, agrega lo siguiente:

"(...) La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás"¹¹.

80. Atendiendo a que la pretensión bajo análisis se sustenta en el incumplimiento de una obligación generada y/o derivada de un acuerdo contractual, queda claro que nos encontramos en el presente caso bajo un supuesto de responsabilidad civil contractual, la misma que es entendida como aquella obligación de reparar un daño que se origina en el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato.
81. En el mismo sentido se pronuncia Díez-Picazo, quien afirma que la responsabilidad civil contractual se caracteriza por lo siguiente:

"(...) entre las partes siempre existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones

⁹ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Responsabilidad Civil y el Derecho de daños".

¹⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. "Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Editorial Grijley, 2003, Segunda Edición, p. 31.

¹¹ Ibidem, p. 31.

*expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios*¹².

82. En relación a la regulación legal de la responsabilidad civil contractual, es de advertirse que el artículo 45° de la Ley lo regula de la siguiente manera:

"Artículo 45.- Resolución de los contratos.-

(...) Cuando se ponga término al contrato, por causas imputables a la Entidad, ésta deberá liquidarle al contratista la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados (...)"

83. Por su parte, el artículo 227 del Reglamento lo regula de la siguiente manera:

"Artículo 227.- Efectos de la resolución.-

(...) Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda. (...)"

84. Como se puede advertir, las normas de contrataciones públicas regulan la figura de la indemnización de daños y perjuicios, circunscribiéndola a la figura de la resolución del contrato, no habiendo regulado otros supuestos de reconocimiento de indemnización, salvo el de las penalidades.
85. En este punto, resulta pertinente invocar el artículo 4° de la Ley, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 4.- Especialidad de la Norma y Delegación.-

4.1. Especialidad de la Norma: *La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables (...)"*

86. Del dispositivo normativo citado se desprende expresamente que las normas especiales en materia de Contrataciones con el Estado priman sobre las normas generales de procedimientos administrativos, esto es, la Ley N° 27444, así como sobre las de derecho común, es decir, el Código Civil, sin perjuicio de lo cual, resultaría posible aplicar de manera supletoria las normas del Código Civil que regulen la figura de la responsabilidad contractual, en defecto de las normas de Contrataciones con el Estado, en tanto ésta últimas no lo restringen.
87. Al respecto, el Código Civil regula la figura de la responsabilidad civil contractual en el Libro VI, Sección Segunda, Título IX, del Código Civil, correspondiente a la parte de Inejecución de las Obligaciones.
88. Así, para la configuración de la responsabilidad civil contractual, y la correspondiente atribución de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados, debe verificarse la concurrencia los siguientes elementos¹³:

- i) **Antijuridicidad del hecho**, según la cual, una conducta es considerada antijurídica *"(...) no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico"*¹⁴.

¹² DÍEZ-PICAZO, Luis. "Derecho de Daños". Madrid: Civitas Ediciones, 2009, Primera Edición, p. 268.

¹³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op.cit., p. 32.

¹⁴ Ibidem, p. 32.

Agrega Taboada que "(...) en el ámbito contractual, al estar tipificadas y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación"¹⁵.

De este modo, con el fin de determinar la responsabilidad del causante del hecho, deberá atenderse a la calificación de la conducta generadora del daño, ya sea como hecho antijurídico o como hecho que, a pesar de ser dañoso, no es considerado antijurídico.

El elemento antijuridicidad se encuentra regulado en el artículo 1321 del Código Civil en los siguientes términos:

"Artículo 1321.-

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

- ii) **Daño**, entendido como "(...) todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de tutela legal"¹⁶.

De acuerdo con León¹⁷, nuestro Código Civil se habría adscrito –aunque a medias, a decir del mismo– a la clasificación francesa de daños, conforme a la cual, "están los daños materiales, que afectan a los bienes del individuo, y los daños inmateriales, o morales, que afectan todo lo que no puede considerarse en el campo anterior."

En cuanto al daño moral, que es materia de análisis en el presente caso, nuestro Código Civil se habría adscrito a una concepción amplia del mismo, "abarcando todo tipo de daños extrapatrimoniales generados en el ámbito de la inejecución de obligaciones".¹⁸

- iii) **Nexo o Relación causal**, el cual relaciona dos aspectos: a) la causalidad de hecho o fáctica, relativa a las características del evento lesivo, que permite la reconstrucción del hecho a efectos de la imputación de responsabilidad, y b) la causalidad jurídica, aspecto que hace referencia al daño resarcible y permite determinar las consecuencias dañosas que el responsable debe resarcir¹⁹.

Sobre el particular, Taboada afirma que si no existe una relación de causa a efecto entre la conducta y el daño producido al afectado, no habrá responsabilidad²⁰. En consecuencia, se considera que entre la conducta realizada por el causante y el daño debe existir una relación directa; es decir, es necesario que entre el incumplimiento y el perjuicio medie una relación de causalidad, de manera que el daño sea la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del hecho dañoso.

Por tanto, debe existir una relación jurídica de causa y efecto entre la conducta antijurídica y el daño causado, de manera que éste último debe ser consecuencia de la conducta antijurídica; es decir, del incumplimiento del deudor.

¹⁵ Ídem, p. 33.

¹⁶ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op.cit., p. 34.

¹⁷ LEON HILARIO, Leysser. Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el derecho civil peruano, en: <http://www.geocities.ws/leysser.rm/Schmerzensgeld.html>, pags. 9 y 20

¹⁸ PAZOS HAYASHIDA, Javier. Código Civil Comentado, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2da Ed., 2007, t. VI., pag 686.

¹⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op., cit., p.131.

²⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op.cit., p. 35.

- iv) **Factor de atribución**, conforme al cual, debe apreciarse si la conducta dañosa es imputable al causante del hecho dañoso por culpa, existiendo así responsabilidad. Para ello, y de acuerdo con nuestra legislación, debe determinarse si existió culpa en el agente dañoso, la misma que tiene tres grados o manifestaciones: dolo, culpa grave y culpa leve. Sobre el particular, los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil, regulan este elemento y sus manifestaciones, configurándose el dolo cuando el causante deliberadamente no ejecuta la obligación²¹. Por otro lado, la culpa inexcusable se genera ante la inejecución de la obligación por negligencia grave, conforme lo indica el artículo 1319 del Código Civil y, finalmente, la culpa leve opera ante la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, según lo señala el artículo 1320 del Código Civil.
89. Bajo la pretensión objeto de análisis, la demandante solicita el pago de una indemnización ascendente a la suma de S/. 250,000.00 por el daño moral ocasionado a la Entidad y a los beneficiarios del mobiliario cuyo interés público tutela la Entidad.
90. A tales efectos, lo que corresponde en este punto es realizar el análisis y/o verificación de la concurrencia de los elementos que configuran la responsabilidad contractual, vistos anteriormente, de manera que se pueda determinar si corresponde o no reconocer la indemnización de daños y perjuicios reclamada.
91. En relación al elemento antijuricidad, debe señalarse que el Contratista, al hacer entrega de bienes defectuosos o con vicios ocultos, habría incurrido en una manifiesta conducta antijurídica, lo cual ha quedado evidenciado en el Informe de Control que obra en el presente proceso como medio probatorio, y en el que se demuestra la situación deplorable o precaria en la que se encuentran los bienes cuestionados. Lo mencionado supone un claro incumplimiento contractual al deber de entrega de los bienes en la calidad requerida.
92. Asimismo, la negativa del contratista de subsanar los vicios y/o defectos encontrados en los bienes objeto del contrato, de acuerdo con lo establecido en la garantía comercial otorgada, supone también un claro incumplimiento a sus obligaciones contractuales, la misma que figura en la Declaración Jurada otorgada por el Contratista.
93. En cuanto al elemento daño moral, es importante tener en cuenta que el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista ha generado una afectación, no sólo en la esfera de la Entidad, sino principalmente, en la esfera de terceros vinculados a la misma, beneficiarios de los bienes objeto del contrato.
94. En efecto, tal como se aprecia en la cláusula segunda del Contrato N° 080-2008-AD, objeto de controversia, la finalidad del mismo consistía en la adquisición de módulos escolares para inicial, primaria y secundaria de instituciones educativas de las provincias de Piura, Sechura, Sullana, Talara y Paita.
95. Al respecto, y siguiendo a Dromi²², es importante señalar que parte de las funciones de la Administración Pública son las de servir al público, *"cuidar de los intereses de la sociedad, satisfaciendo sus necesidades"*, asimismo, cumple un rol protector al *"impulsar el desarrollo social, la promoción de la familia y la protección de la niñez, juventud y ancianidad"* e *"instrumentar políticas educativa y social con esta finalidad"*.

²¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op., cit., 105

²² DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1ra Ed. Peruana, 2005, t. I, pag., 91 y siguientes.

96. Bajo tales premisas, es importante tener en cuenta que la afectación o daño moral generado a la colectividad beneficiaria de los bienes cuestionados, se encuentra representada por la Entidad demandante.
97. En cuanto al elemento nexo causal, la conducta antijurídica cometida por la contratista, consistente en la entrega de bienes defectuosos y su negativa a repararlos o reemplazarlos, genera, a criterio del Árbitro Único, una manifiesta afectación a la esfera extrapatrimonial o inmaterial, tanto de la Entidad como de los beneficiarios de dichos bienes, lo que se traduce en un daño moral a los mismos.
98. Finalmente, respecto del factor de atribución, y sin perjuicio de lo señalado anteriormente, resulta manifiesta la conducta deliberada del Contratista al haber actuado con culpabilidad, dados los diversos requerimientos al mismo para la subsanación respectiva, pese a lo cual, el Contratista no tuvo intención alguna de hacer efectiva la garantía a la que se obligó. De este modo, quedaría acreditada la concurrencia del elemento factor de atribución.
99. Habiendo quedado acreditada la concurrencia de los elementos para atribuir responsabilidad contractual por daño moral en la contratista, corresponde evaluar si la cifra demandada por la Entidad resulta proporcional con el daño moral generado y reclamado.
100. Al respecto, el demandante exige el pago de S/. 250,000 correspondientes al universo de escolares usuarios de los bienes defectuosos en un periodo de cinco años, equivalentes a 33,350 niños.
101. Aun cuando respecto del daño moral *"el problema se centra en qué criterios utilizar para su cuantificación (...) dada su naturaleza (...) la cuantificación depende de cada caso y de las condiciones personales de quien merece ser indemnizado, no siendo objeto de cálculos puramente matemáticos."*²³
102. Ahora bien, a criterio del Árbitro Único, el demandante ha identificado de manera correcta el impacto del daño producido en un colectivo de personas perjudicadas (escolares de inicial, primaria y secundaria de los colegios a los cuales fueron destinados) por el incumplimiento de la contratista, en número de 33,350 niños, considerando el universo de usuarios durante un horizonte de tiempo razonable de cinco años, que es el tiempo estimado de vida de un bien mueble como el que fue objeto del contrato.
103. Bajo dicha premisa, el monto indemnizatorio reclamado por alumno equivaldría a la suma aproximada de S/. 7.50, monto que en modo alguno resulta desproporcionado en comparación con el perjuicio que ha generado el contratista a todos los usuarios de dichos bienes, considerando además la importante finalidad pública que los mismos deben cumplir.
104. Por tales consideraciones, la pretensión bajo análisis debe ser declarada fundada en todos sus extremos.

VII.4 CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR CUÁL DE LAS PARTES Y EN QUÉ PROPORCIÓN DEBE ASUMIR EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS QUE SE DERIVEN DEL PRESENTE PROCESO

105. Para efectos de atribuir las costas y costos entre las partes, se debe tenerse en consideración el artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, que establece lo siguiente:

"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*

²³ PAZOS, Juan. Op cit, pag. 686-687

serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratar estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (...)".

106. De la norma citada se desprende que para la imputación o distribución de los costos del arbitraje debe atenderse, en primer lugar, al acuerdo de las partes y, en su defecto, los mismos serán asumidos por la parte que resulte vencida, sin perjuicio que el Arbitro Único decida prorratar los mismos.
107. Así, es de advertirse que las partes no han pactado acuerdo alguno respecto a la imputación o distribución de los costos del arbitraje, por lo que corresponde al Arbitro Único pronunciarse sobre dicho aspecto.
108. En ese sentido, y de acuerdo con el resultado del proceso y a lo establecido en el citado artículo 73° de la Ley de Arbitraje, es de advertirse que la Entidad ha resultado sustancialmente favorecida con el resultado del proceso, siendo por tanto la contratista la parte vencida del proceso.
109. Por otro lado, la contratista demandada ha sido parte renuente en el presente proceso, al no haber contestado la demanda ni formulado escrito alguno; asimismo, no se ha presentado a ninguna de las Audiencias programadas. Cabe precisar que la demandada ha sido notificado notarialmente de todas las Resoluciones emitidas en el presente proceso.
110. Por tales consideraciones, corresponde a la contratista demandada asumir el íntegro de las costas y costos del presente proceso arbitral, debiendo reembolsar el 100% de los gastos arbitrales realizados por la Entidad demandante, así como los demás conceptos que integran las costas y costos del proceso.

Por tales consideraciones, **SE RESUELVE:**

PRIMERO.- Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda en todos sus extremos, correspondiendo que el contratista demandado proceda con el canje de los bienes entregados que no cumplen con las especificaciones técnicas establecidas en las bases administrativas o, en su defecto, que proceda a la devolución del importe pagado, ascendente al 90% del monto contractual, a elección de la Entidad, en ejecución del Laudo Arbitral.

SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda, en consecuencia, no corresponde declarar la nulidad de la Conformidad de los bienes entregados, extendida mediante Informe N° 064-2009/GRP-440310-MMC, de 27 de agosto 2009.

TERCERO.- Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de la demanda en todos sus extremos, en consecuencia, ordenar al Contratista el pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de s/. 250,000.00 por el daño moral ocasionado.

CUARTO.- Declarar que las costas y costos del presente proceso arbitral sean asumidos íntegramente por la parte demandada.


LUIS MANUEL JUAREZ GUERRA
Árbitro Único