

Expediente N° 225 -66-11

Consortio Hospital Oroya – ESSALUD y OIM

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE:	Consortio Hospital Oroya (en adelante, el Consorcio, el Contratista o el Demandante)
DEMANDADOS:	Seguro Social de salud – ESSALUD (en adelante, ESSALUD o el demandado) y la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (en adelante, OIM o el demandado)
TIPO DE ARBITRAJE:	De Derecho
TRIBUNAL ARBITRAL:	Ricardo Salazar Chávez (Presidente) Jesús Gabriel Paniara Benites Derik Latorre Boza
SECRETARIA ARBITRAL:	Silvia Rodríguez Vásquez Secretaria General de Conciliación y Arbitraje

Resolución N° 21

En Lima, a los treinta y un días del mes de julio del año dos mil trece, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral

1.1 El Convenio Arbitral

Está contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra N° 002 ESSALUD/OIM-2007 celebrado en fecha 16/10/07, en el cual las partes acordaron que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje. Asimismo, acordaron que el proceso arbitral será realizado bajo la organización, administración del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, EL CENTRO) y reglas establecidas en el Reglamento de Arbitraje de la OIM, sin perjuicio de lo expresamente estipulado en la totalidad de la Cláusula Arbitral contenida en el Contrato.

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

En fecha 27/01/12 se instaló el Tribunal Arbitral constituido por los árbitros, abogado Ricardo Salazar Chávez como Presidente del Tribunal Arbitral, y los abogados Jesús Gabriel Paniora Benites y Derik Latorre Boza, en calidad de árbitros; con la asistencia del Consorcio; y de otro lado, ESSALUD y la OIM.

II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación al presente proceso arbitral, el Reglamento de Arbitraje de la OIM y en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje. Asimismo, se estableció que, en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que antecede, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva del modo que considere apropiado.

III. De la Demanda Arbitral presentada por el Consorcio Hospital Oroya.

- 3.1. Mediante Escrito N° 1 de fecha 23/02/12, el Consorcio interpone demanda arbitral contra ESSALUD y la OIM, sobre controversias derivadas de la ejecución del Contrato Ejecución de Obra N° 002 ESSALUD/OIM-2007 (en adelante el Contrato).





- 3.2. Como primera pretensión principal, el Consorcio solicita al Tribunal Arbitral que determine si existe o no un plazo perentorio para realizar las reparaciones por vicios ocultos, conforme a las Bases del proceso de selección y el Contrato de Obra.
- 3.3. Como segunda pretensión principal, el Consorcio solicita al Tribunal Arbitral que se declare indebida, la ejecución de la garantía técnica constituida por las Cartas Fianzas N° 0011-0347-9800076832-29 y Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58, emitidas por el Banco Continental por las sumas de S/. 1'003,817.33 (Un Millón Tres Mil Ochocientos Diecisiete y 33/100 Nuevos Soles) y S/. 177,144.23 (Ciento Setenta y Siete Mil Cuarenta y Cuatro y 23/100 Nuevos Soles), respectivamente, por supuesto incumplimiento en la subsanación de presuntos vicios ocultos.
- 3.4. Como tercera pretensión principal, el Consorcio solicita al Tribunal Arbitral que se ordene a los demandados para que de forma solidaria, paguen al Consorcio la suma de S/. 1'003,817.33 (Un Millón Tres Mil Ochocientos Diecisiete y 33/100 Nuevos Soles) equivalente a la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29, más la suma de S/. 177,144.23 (Ciento Setenta y Siete Mil Cuarenta y Cuatro y 23/100 Nuevos Soles) equivalente a la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58, más los intereses legales que correspondan.
- 3.5. Como cuarta pretensión principal, el Consorcio solicita al Tribunal Arbitral que se ordene a los demandados para que de forma solidaria paguen la suma de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de Indemnización por daños y perjuicios.
- 3.6. Como quinta pretensión principal, el Consorcio solicita al Tribunal Arbitral que los demandados asuman las costas y costos del arbitraje.
- 3.7. Como fundamentos de hecho, el demandante señala que con fecha 16/10/07, la OIM suscribe con el Consorcio el Contrato de Obra Nuevo Hospital La Oroya, dentro del marco del Convenio Marco de Cooperación y el Convenio de Ejecución de Obras con ESSALUD, siendo éste último el beneficiario y propietario de la obra.
- 3.8. Mediante Carta N° 5012/2010 de 15/09/10, la OIM remite la Carta N° 2469-OGA – ESSALUD-2010 de 10/09/10, mediante la cual, ESSALUD remite la relación de vicios ocultos de obra.
- 3.9. En respuesta a la Carta N° 5012/2010, el Consorcio señala que procederá a evaluar las observaciones y calificaciones de vicios ocultos por parte del propietario de la obra, sin

perjuicio de precisar que los presuntos vicios ocultos advertidos no tienen la condición de tales.

- 3.10. Mediante Carta N° 5673/2010/OIM del 26/10/10, la OIM remite la Carta N° 122-GG-ESSALUD-2010 del 25/10/10 emitida por el Director Nacional de Convenio de ESSALUD, que requiere al Consorcio la reparación de vicios ocultos bajo apercibimiento de aplicarse el mecanismo previsto en la Cláusula Sexta del Contrato de Obra.
- 3.11. En respuesta a la Carta N° 5673/2010/OIM, el demandante aclara a la OIM que los representantes del Consorcio conjuntamente con los representantes del propietario de la obra mantuvieron reuniones con el objeto de proceder a la reparación de los presuntos vicios ocultos y determinaron que los únicos "vicios ocultos" que podrían ser objeto de reparación serían los referidos a: **(i) filtraciones en techos planos y (ii) fisura en la viga de techos de iluminación principal**. Asimismo, se precisa que no procede la aplicación de ningún "mecanismo" por cuanto, las observaciones formuladas no tienen la calidad de vicios ocultos.
- 3.12. Mediante Carta N° 020/2010/HLO del 10/11/10, el Consorcio OIST-SCHT (Consorcio Supervisor de la obra) reitera la solicitud de la OIM de levantamiento de observaciones referidas a vicios ocultos. En respuesta, el Consorcio señala que las únicas observaciones que podrían tener la calidad de vicios ocultos son **(i) la impermeabilización de filtraciones en los techos planos y (ii) fisuras en la viga de techo de iluminación principal Bloque 1° y 2°**; y que el Contratista estaba trabajando en la solución del problema habiéndose contratado a una empresa especializada en la colocación de una manta impermeable y en cuanto a las fisuras se estaba evaluando si existía algún problema estructural.
- 3.13. Mediante Carta N° 6232/2010/OIM del 25/11/10, la OIM remite la Carta N° 150-GG-ESSALUD-2010, en virtud de la cual se adjunta el Informe de Evaluación de Infraestructura donde se advierten nuevos "**vicios ocultos y observaciones**"
- 3.14. En respuesta a la Carta N° 6232/2010/OIM, aclara que en el mes de setiembre de 2009 la obra se recibió sin observaciones y que contraviniendo lo dispuesto en el artículo 268 del Reglamento, el propietario de la obra pretende formular "**nuevas observaciones**" calificándolas de "**vicios ocultos**"
- 3.15. En este extremo, el Consorcio resalta que la respuesta de la OIM fue "**AFIRMATIVA**" cuando se consultó "**Confirmar si la garantía sólo cubriría deficiencias en la obra**"

por mala práctica constructiva y vicios ocultos que no pudieran ser previstos en la recepción de la obra, pero de ninguna manera podrá utilizarse para solicitar arreglos por desperfectos debido al mal uso de los empleados de la entidad, desgaste de materiales propios del uso y tiempo, falta de mantenimiento adecuado de equipos”.

- 3.16. Mediante Carta N° 005-11-CHO del 11/01/11, el Consorcio comunica a la OIM que las fisuras -presuntos vicios ocultos- se encuentran dentro de la tolerancia de espesores dados por la Norma ACI 224 y que se deben a efectos de contracción hidráulica del concreto y de la temperatura de la zona, descartándose de plano errores de diseño.
- 3.17. Según la Carta N° 025-11-CHO del 03/03/11, el Consorcio comunica a ESSALUD, su voluntad de continuar los trabajos de reparación de los presuntos vicios ocultos a pesar de haberse demostrado que no tenían la calidad de tales, solicitándose la “desocupación de las zonas de trabajo”, encontrándose pendiente de aprobación, por parte del propietario de la obra, la propuesta de reparación de los pisos de terrazo en el segundo nivel.
- 3.18. Mediante Cartas N° 048-11-CHO y N° 050-11-CHO, el Consorcio indica al Consorcio OIST – SCHAT (Consorcio Supervisor de la Obra) que la fecha aprobada para el levantamiento de los vicios ocultos vencía el 19/05/11, sin embargo, no se habría podido ingresar a muchas zonas por no encontrarse la disponibilidad de las zonas del hospital.
- 3.19. Sin embargo, mediante Carta S/N de 25/05/11, el Consorcio OIST – SCHAT (Consorcio Supervisor de la Obra), por encargo de la OIM, remite nuevas observaciones por presuntos vicios ocultos.
- 3.20. El Consorcio señala que ESSALUD solicitó la ejecución de la garantía técnica con fecha 03/02/11, a pesar de que el Contratista estaba levantando las observaciones, lo cual culminó el mes de mayo de 2011.
- 3.21. Como fundamentos de la primera pretensión principal, el Consorcio señala que la doctrina califica a los vicios ocultos como: “... una garantía especial, dictada en beneficio del comitente y su fundamento descansa en el concepto de la responsabilidad profesional. Su área de acción queda circunscrita casi totalmente en la práctica a la construcción y tiene como fuente al artículo 1556° del Código Civil peruano de 1936. Se ha considerado que las debilidades o vicios ocultos de una obra no son detectables y en ocasiones pasan años sin que

siquiera pueda suponerse que existen (por ejemplo, la resistencia de un techo que aparentemente es normal siendo así que su debilidad queda al descubierto por la acción de un temblor)". "Vicio de la construcción.- Consiste en no ceñirse a las reglas del arte de construir y por ello se ocasiona una caída total o parcial de la obra. En esas reglas del arte de construir se subsumen las concordantes especificaciones técnicas contractuales".

- 3.22. En ese sentido, el Consorcio advierte que los "vicios ocultos" no deben ser detectables a primera vista o no pueden ser advertidos al momento de la recepción de obra, requiriéndose del propietario una diligencia ordinaria en dicha oportunidad.
- 3.23. Asimismo, el Consorcio indica que la responsabilidad por vicios ocultos recae en el profesional de la construcción, teniendo éstos vicios ocultos la característica de "no ser detectables", pudiendo ser el resultado de no haberse ceñido a las reglas del arte de construir, entendiéndose como tales las que concuerdan con las especificaciones técnicas contractuales.
- 3.24. Al respecto, el Consorcio señala que atendiendo a la característica de "oculto" y que "no son detectables", no puede existir un plazo para cumplir con el levantamiento y/o reparación de los vicios ocultos. Además, en el presente caso, muchos de los presuntos vicios ocultos han requerido de un (i) proceso de evaluación técnica para determinar su calidad de vicio oculto, (ii) una pericia y/o análisis técnico para determinar las causales de este presunto vicio oculto, (iii) un proceso técnico para determinar la mejor solución y/o propuesta de reparación de los vicios ocultos y (iv) el proceso constructivo de reparación de éstos vicios.
- 3.25. Debido a lo anterior, el Consorcio señala que ESSALUD no puede determinar de manera unilateral un plazo perentorio para levantar los vicios ocultos, por cuanto, este es un proceso que requiere de múltiples reuniones de coordinación con los funcionarios de la propietaria de la obra, sin perjuicio de las demoras que requieren la falta de acceso a las zonas de obra y de que muchos de los procesos constructivos de solución no han sido aprobados por el beneficiario de la obra.
- 3.26. De igual forma, el demandante indica que la responsabilidad del constructor por vicios ocultos termina a los siete años de la recepción de obra, razón por la cual pretender que se establezca un plazo para el levantamiento de los vicios ocultos no tiene asidero técnico ni legal alguno.

- 3.27. Adicionalmente, el Consorcio resalta que han cumplido con la garantía técnica e incluso con levantar observaciones que no tienen la calidad de vicios ocultos y defectos resultantes de la mala manipulación y/o falta de mantenimiento, en ningún momento se negaron a cumplir con la cláusula sexta del Contrato de Obra, cualquier posible demora, que en el caso particular no existe por no haberse estipulado un plazo perentorio, responde a la aprobación de las soluciones técnicas por parte de ESSALUD y a la falta de acceso a las zonas de obra por funcionamiento del Hospital La Oroya.
- 3.28. Como fundamentos de la segunda pretensión principal, el Consorcio señala que al no existir vicios ocultos ni un plazo perentorio para cumplir con el levantamiento y/o reparaciones, consideran que el Tribunal Arbitral debe declarar como indebida la ejecución de la garantía técnica por parte de ESSALUD.
- 3.29. Asimismo cita lo siguiente: **"El Contratista es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes y servicios ofertados por un plazo de un (01) año, correspondiente al Periodo de Garantía Técnica, contados a partir de la fecha de recepción de la obra por OIM, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el artículo 1784° del Código Civil, EL CONTRATISTA deberá entregar previa recepción de la obra, una Carta Fianza Bancaria a favor de ESSALUD, quien la mantendrá en su posesión hasta el término del plazo del periodo de garantía técnica, equivalente al cinco por ciento (5%) del monto del contrato, emitida por una entidad autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a solo requerimiento por carta notarial, sin necesidad de exigencia judicial para su pago o ejecución. Dicha garantía será devuelta contra la presentación del Certificado de Garantía Técnica emitida por ESSALUD, en un plazo máximo de 30 días posterior a la emisión del referido Certificado".**
- 3.30. En la referida Cláusula Sexta del Contrato de Obra no se obliga al Contratista a garantizar y/o responder por nuevas observaciones formuladas por segundas, terceras y cuartas comisiones evaluadores, como en el presente caso, o a garantizar y/o responder por defectos de mala manipulación de los usuarios de la obra; en ese sentido, la ejecución de la garantía por parte de ESSALUD es indebida y no solo, además, responde a la mala fe contractual del demandado, por cuanto, sin que medie dispositivo alguno y estando el Contratista levantando los presuntos vicios ocultos, aún después de la fecha de solicitud de ejecución de la garantía, procedió a seguir determinando observaciones con el único objeto que el Contratista nunca pueda

terminar con levantar los presuntos vicios ocultos para proceder con la ejecución final de la referida garantía.

- 3.31. Expresamente, la OIM responde como "AFIRMATIVA" la consulta "Confirmar si la garantía sólo cubriría deficiencias en la obra por mala práctica constructiva y vicios ocultos que no pudieran ser previstos en la recepción de la obra, pero de ninguna manera podrá utilizarse para solicitar arreglos por desperfectos debido al mal uso de los empleados de la entidad, desgaste de materiales propios del uso y tiempo, falta de mantenimiento adecuado de equipos".
- 3.32. El Consorcio señala que ESSALUD pretende que el Contratista repare desperfectos, como el caso del piso de vinílico deteriorado por el proceso de limpieza (baldear) por parte del personal de limpieza, repare la pintura utilizada deteriorada por falta de mantenimiento a pesar de haber pasado más de un año y como el caso de los equipos de ascensores que han sido destruidas por mala manipulación o como es el caso de fluorescentes que han desaparecido, éstas observaciones no pueden calificar en modo alguno como "VICIOS OCULTOS", sin perjuicio de nuevas y múltiples observaciones que no fueron realizadas en la etapa correspondiente esto es en la recepción de obra y que ahora pretenden ser opuestas al Contratistas después de más de un año de haberse recibido la obra.
- 3.33. Como fundamentos de la tercera pretensión principal, el Consorcio indica que habiéndose determinado que la ejecución de las Cartas Fianzas entregadas por el Contratista es indebida, se debe ordenar a los demandados para que, en forma solidaria, cumplan con pagar la suma de S/. 1'003,817.33 (Un Millón Tres Mil Ochocientos Diecisiete y 33/100 Nuevos Soles) equivalente a la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental más la suma de S/. 177,144.23 (Ciento Setenta y Siete Mil Cuarenta y Cuatro y 23/100 Nuevos Soles), equivalente a la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 emitida por el Banco Continental.
- 3.34. Conforme a la Cláusula Sexta del Contrato de Obra, la Garantía Técnica debe estar vigente por el plazo de un año, contado a partir de la fecha de recepción de obra, esto es, el plazo de vigencia de la referida garantía habría vencido indefectiblemente el mes de setiembre de 2011, en el supuesto que ESSALUD no hubiese procedido de forma indebida a su ejecución.
- 3.35. A mayor abundamiento, el Consorcio señala que si bien la obligación del Contratista de responder por los vicios ocultos se extiende por más de un año, la obligación de

mantener vigente la garantía técnica solamente se limita al plazo de un año que venció indefectiblemente el mes de setiembre de 2011, razón por la cual habiéndose determinado la ejecución indebida de la garantía y no existiendo más la obligación de entregar y/o mantener vigente la referida garantía, se solicita al Tribunal Arbitral ordene el pago pretendido.

- 3.36. Como fundamentos de la cuarta pretensión principal, el Consorcio indica que se le ha ocasionado un perjuicio económico, constituido por la desacreditación en el sistema financiero de su empresa, ya que se ha dañado su hoja de vida con la ejecución de la garantía técnica por un incumplimiento inexistente. Una empresa desacreditada en el sistema financiero por incumplimiento resulta afectada en su línea de crédito y de fianzas, líneas indispensables para la ejecución de su actividad empresarial en el sector construcción.
- 3.37. En ese sentido, el Consorcio cuantifica la indemnización en S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles) la misma que deberá ser pagada de forma solidaria.
- 3.38. Como fundamentos de derecho, el Consorcio ampara su demanda en las Bases Integradas, el Contrato de Obra, el Expediente Técnico aprobado por los demandados, el Reglamento de Arbitraje de la OIM, el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, el artículo 1784° del Código Civil vigente y demás normas aplicables sobre la materia.

IV. De la Contestación a la Demanda Arbitral presentada por ESSALUD.

- 4.1. En fecha 12/04/12, ESSALUD contesta la Demanda interpuesta por el Consorcio.
- 4.2. Adicionalmente a los antecedentes señalados por el demandante, ESSALUD agrega que mediante Cartas N° 071 y 073-10-CHO, el Contratista señala: "...vemos que quiere dársele el carácter de vicio oculto a una serie de situaciones que no lo son y que son debidos al uso normal o mal uso o falta de mantenimiento de las instalaciones...", concluyendo que "Estamos seguros que no escapará a su criterio que la fianza entregada por nuestra empresa para garantizar la buena ejecución de la obra sólo es aplicable para garantizar los verdaderos vicios ocultos o defectos de construcción mas no..."; se resalta una consulta hecha sobre la garantía técnica exigida y respondida en el sentido de que "... esta garantía cubrirá deficiencias en la obra por la mala práctica constructiva y vicios ocultos que no pudieran ser previstos en la recepción de la obra...".
- 4.3. Asimismo, ESSALUD indica que en vista de nuevas deficiencias en los trabajos ejecutados, específicamente en las losas y vigas del segundo nivel y la existencia de



269 paños fisurados del piso terrazo, la Gerencia Central de Infraestructura, mediante Carta N° 365-GCI-ESSALUD-2011, informa las conclusiones de los profesionales encargados de la evaluación a la infraestructura afectada que señalan: "... si bien es cierto, que las fisuras son pequeñas y se presentan en casi todas las vigas, esta se presenta debido a tres eventos que confluyen, dos de los cuales estaríamos de acuerdo, faltando un evento que es el más importante, ya que es parte de la concepción que no se ha tenido en cuenta en el diseño original, ni en la evaluación estructural. Al respecto, no se ha evaluado la deficiencia conceptual que es, que cuando las vigas se apoyan sobre vigas generan una carga puntual en las mismas, por consiguiente los cortantes que se generan son diferentes al de una viga con una carga distributiva uniformemente y empotrada en ambos extremos, esta concepción no analizada es la que está produciendo esfuerzos no previstos, viéndose reflejada en las fisuras ,... Por lo tanto, recomiendo que las fisuras deben de ser tratadas con inyección epóxica, que sería la solución más adecuada para este tipo de falta...", más adelante recomienda "con respecto a las fisuras estructurales de más de 4 mm y que traspasan las losas encontradas en algunos pasadizos y que fueron verificadas en la inspección del 22 de enero, se recomienda dar una solución estructural usando fibra de carbono para superar el cortante faltante en dichas losas."; asimismo, el arquitecto Alfredo Paredes Lescano refiriéndose a los pisos de terrazo pulido evaluados señala que "... luego de realizar el mapeo respectivo del área involucrada, se precisa que son 269 paños fisurados,...".

- 4.4. Posteriormente, mediante Carta 025-11-CHO, el contratista señala que el 05/03/11 iniciará los trabajos de reparación de fisuras y otros, alcanzando un cronograma tentativo de reparaciones. Mediante Carta 574-GCI-ESSALUD-2011 se comunica al Gerente de Red Asistencial Junín el inicio de los trabajos con fecha 14/03/11.
- 4.5. Mediante Carta N° 851-GCI-ESSALUD-2011, se informa el estado situacional de la subsanación de los vicios ocultos realizado por el contratista, detallando la entrega de los planos de reparación de fisuras y grietas de estructuras de las vigas y losas de los ambientes afectados, asimismo se hace saber que la membrana colocada para detener las filtraciones de agua en los techos no está funcionando.
- 4.6. Mediante Carta N° 035-11 CHO, el Contratista alcanza un nuevo cronograma para la ejecución de los trabajos de reparaciones que comprendía del 11 de abril al 19 de mayo de 2011.
- 4.7. Mediante Carta N° 650-GRAJ-ESSALUD-2011, el Gerente de la red Asistencial Junín, reitera al Gerente Central de Infraestructura su solicitud de ejecución de la Carta Fianza, en vista que pese a las facilidades otorgadas para el ejecución de los trabajos, el

Contratista los paraliza continuamente por falta de materiales, especialmente los de reparación de pisos y fisuras en muros y losas, por falta de fibra de carbono.

- 4.8. Mediante Carta N° 1295-GCI-ESSALUD-2011, la Gerencia Central de Infraestructura hace de conocimiento de la Gerencia General, que el Contratista ha incumplido con la subsanación de los vicios ocultos, según el segundo cronograma, lo cual se aprecia en el Acta de Constatación Notarial de fecha 20/05/11.
- 4.9. Mediante Carta N°1920-GCF-OGA-ESSALUD-2011, la Gerencia Central de Finanzas informa al Gerente General, la ejecución de las Cartas Fianzas de garantía efectuada el 02/06/11, debido al incumplimiento en la subsanación de vicios ocultos, según los compromisos y cronogramas elaborados por el Contratista.
- 4.10. Asimismo, en relación con las fallas en las estructuras, ESSALUD solicitó al Centro de Peritaje del CD-Lima del Colegio de Ingenieros una evaluación estructural y verificación del estudio de suelos del Nuevo Hospital de ESSALUD, el cual dio como resultado el dictamen pericial que señala: "De la inspección realizada a los distintos bloques de este hospital, se pudo observar que las fisuras presentadas, han sido selladas..., motivo por el cual no se puede identificar a que clasificación corresponden. De las copias del cuaderno de obra alcanzadas por ESSALUD, no se encuentra anotaciones del supervisor de obra, en donde exija al contratista la colocación de mantos de fibra de vidrio, aplicación de reflector de potentes luz, u otras fuentes térmicas, que sirva para elevar la temperatura en aquellos lugares donde se habría colocado concreto, y de esta manera evitar el choque térmico (diferencial de temperatura entre el calor de hidratación del concreto y la temperatura ambiente) que a nuestro entender fue la causa las fisuras presentadas en este hospital".
- 4.11. Como fundamentos de derecho, ESSALUD señala que se debe tener en cuenta lo establecido en el acápite 40.0 Devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, inciso 40.3 de las Bases de la Licitación Pública N° 002-ESSALUD/OIM-2007 y la cláusula sexta del Contrato de Obra que señala: **El Contratista es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes y servicios ofertados por un plazo de un (01) año, correspondiente al Periodo de Garantía Técnica, contados a partir de la fecha de recepción de la obra por OIM, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el artículo 1784° del Código Civil, EL CONTRATISTA deberá entregar previa recepción de la obra, una Carta Fianza Bancaria a favor de ESSALUD, quien la mantendrá en su posesión hasta el término del plazo del periodo de garantía técnica, equivalente al cinco por ciento (5%) del monto del contrato, emitida por una entidad autorizada por la Superintendencia de**

Banka y Seguros, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a solo requerimiento por carta notarial, sin necesidad de exigencia judicial para su pago o ejecución. Dicha garantía será devuelta contra la presentación del Certificado de Garantía Técnica emitida por ESSALUD, en un plazo máximo de 30 días posterior a la emisión del referido Certificado".

- 4.12. Asimismo, ESSALUD señala como definición de vicio oculto: "El vicio se traduce en un error, que puede ser intelectual cuando se presenta en el proyecto de una obra, o material cuando se expresa a través de un defecto constructivo o de la errónea utilización de un material"; en ese sentido, recibida la obra, el contratista quedará libre por los vicios aparentes, pero este principio no rige cuando la diferencia no pueda ser advertida al momento de la entrega o los vicios eran ocultos.
- 4.13. Del mismo modo, ESSALUD indica que la recepción de la obra, sin reserva del comitente, descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y vicios exteriores de ésta (artículo 1782° del Código Civil).
- 4.14. En tal sentido, el supervisor de la obra remitió una serie de documentos en los cuales establecía que habían aparecido determinados vicios ocultos y que era responsabilidad del contratista subsanarlos, dentro del plazo legal establecido, de modo contrario se ejecutaría la garantía técnica.
- 4.15. Respecto de la garantía técnica, ESSALUD señala que tiene por finalidad proteger los intereses de la Entidad, ya que cubriría aquellos vicios ocultos de aquellos bienes ofertados por el plazo de un (01) año, correspondiente al periodo de garantía técnica, contado a partir de la fecha de recepción de la obra, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el artículo 1784° del Código Civil.
- 4.16. En el periodo de garantía técnica que vencía el 01/07/11, la obra presentó deficiencias constructivas del tipo fisuras en vigas, muros, pisos y filtraciones de agua, a través de las losas de techo consideradas por el contratante y la propietaria como vicios ocultos.
- 4.17. Debido a ello, la OIM en representación de ESSALUD, comunicó al Contratista la relación de vicios ocultos detectados, otorgándole quince (15) días para que presente un cronograma de trabajo. Sobre el particular, el contratista demoró treinta y cinco (35) días para responder el requerimiento.

- 4.18. Ante la aparición de nuevas deficiencias evidenciadas, ESSALUD, a través de la OIM, reiteró al contratista el requerimiento de realizar los trabajos de reparación de las deficiencias comunicadas, sin encontrar respuesta efectiva.
- 4.19. ESSALUD indica que en fecha 14/03/11, ciento setenta y cinco (175) días después de que se comunicaran los vicios ocultos, el contratista inicia los trabajos de reparación de deficiencias.
- 4.20. Asimismo, ESSALUD señala que el Consorcio no ejecutó con calidad, prontitud y eficiencia los trabajos de reparación demandados por la propietaria, las soluciones propuestas no funcionaron y/o fueron deficientemente ejecutadas (la membrana colocada para detener las filtraciones de agua en las losas no funcionó y la estructura metálica colocada posteriormente para solucionar el mismo problema, no contó con la aprobación del área técnica de ESSALUD y fue mal construida), lo que fue verificado por la Red Asistencial Junín.
- 4.21. Siendo que al 31/05/11, el Consorcio no había terminado los trabajos de reparación de vicios ocultos a los que se había comprometido, la Entidad, en su derecho de preservar sus intereses y estando cerca el vencimiento de las cartas fianzas, decidió ejecutarlas a fin de realizar los trabajos faltantes.
- 4.22. De igual forma, ESSALUD señala que si bien para el supervisor no es un vicio oculto, para el Comité de Recepción, según el dictamen pericial del Colegio de Ingenieros referido por la Entidad, si lo es, por cuanto no era una situación conocida y no se podía determinar en el momento de recepción.
- 4.23. Por esas razones, ESSALUD indica que habiendo deficiencias constructivas al momento de ejecución de la obra y vicios ocultos en su recepción, es procedente la ejecución de la carta fianza de garantía técnica.
- 4.24. En referencia a la indemnización ascendente a S/. 100,000.00 (cien mil nuevos soles), solicitada por el Consorcio, ESSALUD indica que su contraparte no ha sustentado cual sería el daño irrogado.

V. De la Contestación a la Demanda Arbitral presentada por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

5.1 En fecha 12/04/12, la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se apersona al proceso y contesta la demanda interpuesta por el Consorcio.

5.2 Respecto de la primera y segunda pretensiones principales, la Procuraduría señala que mediante Carta N° 883-UTCAG-OGA-ESSALUD-2010, la Gerencia Central de Infraestructura puso en conocimiento la existencia de vicios ocultos en la obra Nuevo Hospital II La Oroya, de conformidad con la cláusula sexta del Contrato.

5.3 Que, al no cumplir el Consorcio con reparar los vicios ocultos en el plazo otorgado, se procedió a ejecutar la garantía técnicas, al acreditarse que las observaciones advertidas nunca fueron subsanadas. De lo anterior, se desprende que las cartas fianzas fueron debidamente ejecutadas.

5.4 Respecto de la tercera pretensión principal, la Procuraduría señala que el Consorcio no acredita con prueba alguna, los daños que alega haber sufrido, esto es la desacreditación en el sistema financiero, por lo que no resultaría amparable dicha pretensión.

VI. Del escrito presentado por la OIM, en relación a la demanda arbitral.

6.1 En fecha 09/04/12, la OIM, en representación del proyecto denominado "Asistencia Técnica para los Servicios de Ejecución de Obras de ESSALUD" y su subproyecto N° 002-ESSALUD/OIM-2007 "Nuevo Hospital II La Oroya"

6.2 La OIM señala que, de acuerdo al acta de instalación de Tribunal Arbitral, se estableció que dicha Entidad coadyuvará en la defensa de ESSALUD, precisando que no renuncia a sus privilegios e inmunidades propias de su calidad de Organización Internacional, lo cual se encuentra conforme con los artículo 3° y 4° del "Acuerdo entre el Gobierno del Perú y la Organización Internacional para las Migraciones sobre Privilegios e Inmunidades". Asimismo, la OIM indica que la contestación a la demanda la efectuará ESSALUD.

VII. Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos

7.1 En fecha 14/09/12 se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, con la participación del Tribunal Arbitral conformado el abogado Ricardo Salazar Chávez como Presidente del Tribunal Arbitral, y los abogados Jesús Gabriel Paniora Benites y Derik Latorre Boza, en calidad de árbitros; con la asistencia del Consorcio; y de otro lado,

ESSALUD, la OIM y la Procuraduría Pública del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a cargo de los Asuntos Judiciales de ESSALUD.

7.2 En dicho acto el Tribunal Arbitral invitó a las partes a conciliar, sin embargo cada una de ellas señaló que no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio, En ese sentido se procedió a fijar los puntos controvertidos como se detallan a continuación:

- Determinar si existe o no un plazo perentorio para realizar las reparaciones por vicios ocultos, conforme a las bases del proceso de selección y el Contrato de Obra.
- Determinar si corresponde o no declarar indebida la ejecución de la garantía técnica constituida por la Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental por la suma de S/. 1, 003,817.33 (un millón tres mil ochocientos diecisiete y 33/100 nuevos soles) y por la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 por la suma de S/. 177,144.23 emitida por el Banco Continental (ciento setenta y siete mil ciento cuarenta y cuatro con 23/100 nuevos soles), por supuesto incumplimiento en la subsanación de vicios ocultos.
- Determinar si corresponde o no ordenar a los demandados, para que en forma solidaria y en vía de devolución, paguen al Consorcio Hospital Oroya la suma de S/. 1,003,817.33 (un millón tres mil ochocientos diecisiete y 33/100 nuevos soles) equivalente a la ejecución Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental más la suma de S/. 177,144.23 (ciento setenta y siete mil ciento cuarenta y cuatro con 23/100 nuevos soles) equivalente a la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 emitida por el Banco Continental, más los intereses legales que correspondan.
- Determinar si corresponde o no ordenar a los demandados para que de forma solidaria cumplan con pagar al Consorcio Hospital Oroya la suma de S/. 100,000.00 (cien mil con 00/100 nuevos soles) por indemnización por daños y perjuicios.
- Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.

7.3 Acto seguido, se admitieron los siguientes medios probatorios:



- De parte del Consorcio Hospital Oroya: Los documentos ofrecidos en el acápite **MEDIOS PROBATORIOS** de su escrito de demanda de fecha 23 de febrero de 2012, identificados del numeral 1) al 36), los cuales se acompañan en calidad de anexos del C. al LL.
- De parte de OIM: Los documentos ofrecidos en el acápite **MEDIOS PROBATORIOS** de su escrito de contestación a la demanda de fecha 9 de abril de 2012, identificados del numeral 1. al 7., los cuales se acompañan en calidad de anexos del 1.B. al 1.H.
- Por parte de la Procuraduría a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: Los medios probatorios ofrecidos por ESSALUD al contestar la demanda arbitral.
- Por parte de ESSALUD: Los documentos ofrecidos en el acápite **MEDIOS PROBATORIOS** de su escrito de contestación a la demanda de fecha 12 de abril de 2012, identificados del numeral 1. al 47., los cuales se acompañan en calidad de anexos del 1C. al 1-1V; así como la Carta N° 1752-GCI-ESSALUD-2012 presentada mediante escrito de fecha 4 de junio de 2012.
- Finalmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, si es que son necesarios para esclarecer la controversia.

VIII. De la Audiencia de Ilustración

8.1 El 24/01/13 se realizó la Audiencia de Ilustración con la participación del Tribunal Arbitral, así como con la asistencia del Consorcio, ESSALUD, la OIM y la Procuraduría Pública del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a cargo de los Asuntos Judiciales de ESSALUD.

IX. Cierre de Etapa Probatoria y Alegatos

Mediante Resolución N° 17 de fecha 11/03/13, el Tribunal Arbitral declaró finalizada la etapa probatoria, otorgando a las partes el plazo de cinco (5) días para que presenten sus conclusiones o alegatos. El 18/03/13 y 21/03/13 el Consorcio y ESSALUD, respectivamente, presentaron sus alegatos escritos.

X. Audiencia de Hechos e Informe Oral

El 07/05/13 se realizó la Audiencia de Informe Oral con la participación del Tribunal Arbitral, así como con la asistencia del Consorcio, ESSALUD, la OIM y la Procuraduría Pública del ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a cargo de los Asuntos Judiciales de ESSALUD. Asimismo se otorgó a las partes el uso de la palabra, quienes expusieron los hechos referentes a la controversia e informaron oralmente los argumentos que sustentan sus posiciones.

XI. Plazo para laudar

En la Audiencia de Informe Oral, mediante la Resolución N° 19, luego las exposiciones de las partes y respuestas de las partes, el Tribunal Arbitral declaró que el arbitraje se encontraba en estado para laudar, por lo que fijó el plazo de treinta (30) días, prorrogables por treinta (30) días adicionales, para emitir el laudo arbitral, de lo cual se dejó constancia en el Acta de la referida Audiencia.

CONSIDERANDOS:

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que el CONSORCIO presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; (iv) que el DEMANDANDO fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

Por otro lado, este Tribunal Arbitral conviene en precisar que el análisis que a continuación se efectúa se limita a las pretensiones formuladas, teniendo presente los argumentos y medios probatorios presentados por las partes, así como el respeto al derecho de defensa e igualdad procesal que han tenido ambas partes durante el desarrollo del presente proceso arbitral.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada una de las pretensiones formuladas teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta

de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

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

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

Una vez definido lo anterior y, con sujeción a lo establecido en el inciso 52.3, del artículo 52° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y sus normas modificatorias, corresponde pasar a analizar las pretensiones formuladas en el presente arbitraje.

Primer Punto Controvertido:

Determinar si existe o no un plazo perentorio para realizar las reparaciones por vicios ocultos, conforme a las bases del proceso de selección y el Contrato de Obra.

Posición del Tribunal Arbitral:

Antes de analizar si existe o no un plazo perentorio para realizar las reparaciones por vicios ocultos, conforme a las bases del proceso de selección y el Contrato de Obra, este Colegiado considera conveniente hacer un recuento de los hechos más resaltantes de la controversia para arribar a conclusiones respecto de dichas situaciones, luego de lo cual se analizará la figura de los vicios ocultos así como sus efectos e implicancias, para finalmente

¹ TARAMONA H., José Rubén. Medios Probatorios en el Proceso Civil. Ed.: Rodhas 1994, pág. 35.

establecer si existe o no un plazo perentorio para realizar las reparaciones por vicios ocultos.

El 16 de octubre de 2007, la OIM-ESSALUD y el Consorcio Hospital Oroya suscribieron el Contrato de Obra Nuevo Hospital La Oroya dentro del Convenio Marco de Cooperación y el Convenio de Ejecución de Obras con ESSALUD, quien era el beneficiario y propietario del referido hospital.

Terminada la ejecución de la obra, el Consorcio entregó el hospital en septiembre de 2009, procediéndose posteriormente a la respectiva recepción el 1 de julio de 2010, recepción que se realizó sin observaciones de parte de la Entidad contratante.

Posteriormente a la entrega de la obra, mediante carta N° 5012-2010-OIM la OIM requiere al contratista para el levantamiento de vicios ocultos, al respecto la indicada carta señala lo siguiente:

"(...) Cumpro con remitir a su despacho la carta N° 2469-OGA-ESSALUD-2010 de fecha 10 octubre 2010 mediante la cual ESSALUD remite a la relación de vicios ocultos de la obra de la referencia, que de acuerdo sus términos contractuales es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de bienes y servicios ofertados por un plazo de un año, previstas en las bases y que 40.3 en la cual el contratista responsable por las fallas por VICIO OCULTO de construcción o de materiales en tal sentido le solicitamos dar el inicio con el levantamiento de los vicios ocultos y nos remita un informe en el plazo de 15 días calendario a partir de recepción a la presente (...) " (ver anexo "E" del escrito de demanda de fecha 22 febrero 2012).

El requerimiento de la OIM se sustenta en la carta N° 2469-OGA-ESSALUD-2010 de fecha 10 de octubre de 2010 (ver anexo "F" del escrito de demanda), en la cual la Oficina General de Administración pone en conocimiento de la OIM la carta N° 883-UTCCAGOGA-ESSALUD-2010 de fecha 08 de setiembre 2010 (ver anexo "G" del escrito de demanda), en la que se indica que la Unidad Técnica de ESSALUD, a través de la Gerencia de Ingeniería Clínica, remite la relación de supuestos vicios ocultos en la obra ejecutada por el Consorcio.

Posteriormente mediante carta N° 057-10-CHO de fecha 22 octubre 2010, el Consorcio señaló lo siguiente:

"(...) nos es grato dirigirnos a usted en atención a su carta de la referencia, para manifestarles que de acuerdo a lo previsto en las bases en los términos

contractuales el contratista evaluará las observaciones presentadas como vicio oculto, y procederemos a levantamiento de estas observaciones." (Ver anexo "I" del escrito de demanda).

Se puede apreciar que, aproximadamente (30) días después de notificada con los requerimientos para el levantamiento de los vicios ocultos, la contratista procedió a manifestar que evaluaría las observaciones que consideró, en ese momento, como vicios ocultos, dejando constancia que, respecto de otras observaciones realizadas se debían al normal uso y desgaste natural de la obra, así como el poco mantenimiento de las instalaciones de la referida obra.

Asimismo, respecto de las observaciones planteadas por ESSALUD como vicios ocultos, el Consorcio señaló, respecto de la arquitectura, estructuras e instalaciones eléctricas y mecánicas, que muchas de esas observaciones no podían ser consideradas como vicio oculto, dado el comportamiento normal mecánico de los materiales, el clima severo en épocas de lluvias, así como deficiencias en el mantenimiento.

Posteriormente, mediante informe N° 013-JCHM-SGO-GIC-GCI-ESSALUD-2010 de fecha 14 octubre 2010 emitido por el coordinador de supervisión de obras se recomienda a la OIM lo siguiente:

"(...) ante el manifiesto incumplimiento del contratista en asumir su responsabilidad por la garantía técnica se deberá tomar de la carta fianza el monto que resulte de evaluar los costos por esta reparación por vicios ocultos."
(Ver anexo "N" del escrito de demanda)

Así, en comunicaciones internas correspondientes a la Gerencia de Ingeniería Clínica mediante Carta N° 402- GIC-GCI-ESSALUD-2010 de fecha 20 de octubre de 2010, así como de la Gerencia Central de Infraestructura mediante Carta N° 754-GCI-ESSALUD-2010 de fecha 20 de octubre de 2010 (ver anexos "L" y "M" respectivamente del escrito de demanda), se puso en conocimiento del Director Nacional del Convenio de la OIM ESSALUD y del Jefe de Operaciones de la OIM el informe citado precedentemente, conteniendo la recomendación indicada.

Frente a las comunicaciones de ESSALUD, la OIM dispuso que el Consorcio *"(...) cumpla con lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato evaluando y formulando un presupuesto de corrección de vicios ocultos, siendo los trabajos de reparación financiados con el monto de la carta fianza respectiva, lo que hacemos de su conocimiento para los fines*

correspondientes" conforme se puede desprender de la Carta N° 122-GG- ESSALUD-2010 y Carta N° 5673-2010- OIM (ver anexos "J" y "K" respectivamente del escrito de demanda).

El 27 octubre se realizó una reunión entre ESSALUD y el Consorcio para tratar los vicios ocultos alegados por la entidad, así mediante carta N° 063-10-CHO el Consorcio señala lo siguiente:

"...hubo una reunión para tratar los indicados vicios ocultos quedándose claramente establecido cuáles eran en realidad vicios ocultos y que correspondía a trabajos de mantenimiento y que se le quería dar este carácter. Quedó claro que sólo puede tener el carácter de vicio oculto el problema de filtraciones en los techos planos y la fisura en la vida de techo de iluminación principal.

El artículo sexto del contrato no autoriza a la ejecución ni aplicar mecanismos términos usados en su misiva en caso de que no se levanten los vicios ocultos y menos si es que los mismos no corresponden a la característica de lo que es vicio oculto. Dicho artículo sólo obliga a una garantía por el plazo de garantía técnica que es de un año.

Nuestra empresa en cumplimiento de sus obligaciones contractuales levantará, como lo está haciendo, cualquier problema que tenga la característica de vicio oculto, pero igualmente no aceptará ni nuevas observaciones ni problemas de falta de mantenimiento o mal uso de las instalaciones que quiera dársele ese carácter." (Ver anexo "P" del escrito de demanda).

Ulteriormente, se realizaron reuniones de coordinación preliminares entre las unidades correspondientes de ESSALUD y el Consorcio, a fin de determinar las observaciones y vicios ocultos, conforme se desprende del Informe N° 030/JEB/UTCCAG-OGA-ESSALUD-2010 de fecha 18 de noviembre de 2010, emitido por el especialista en estudios y proyectos de la unidad técnica de coordinación de convenios de apoyo a la gestión de ESSALUD en el que se indica lo siguiente:

"(...) el suscrito se ha reunido el 17 noviembre, con el gerente general de la contratista INCOT y con el ingeniero residente de la obra del hospital de la Oroya con quienes hemos concordado con una solución técnica adicional a la de sólo colocar una Geomembrana aislante. La propuesta concordado, consiste en acentuar fuertemente la pendiente del techo en el sector plano con una mezcla de concreto hacia las canaletas de evacuación pluvial de 90 cm es

importante que la oficina de mantenimiento del hospital se involucre en el manejo cuidadoso de reposición de esta geomembrana para asegurar su durabilidad y correcto uso (...)." (Ver anexo "X" del escrito de demanda de fecha 22 febrero 2012, y anexo "Y" del escrito de contestación de demanda de fecha 12 de abril de 2012)

Como se puede advertir, se cumplió con los requerimientos de la Entidad demandada.

Emitido el Informe N° 030/JEB/UTCCAG-OGA-ESSALUD-2010, la demandada en comunicaciones internas de Gerencia de Ingeniería Clínica mediante Carta N° 1164- GIC- GCI-ESSALUD-2010 de fecha 22 de noviembre de 2010, así como de la Gerencia Central de Infraestructura mediante Carta N° 1105-GCI-ESSALUD-2010 de fecha 23 de noviembre de 2010 (ver anexos "U" y "V" respectivamente del escrito de demanda), pusieron en conocimiento del Director Nacional del Convenio de la OIM-ESSALUD y del Jefe de Operaciones de la OIM el Informe citado precedentemente, conteniendo las recomendaciones respectivas.

Frente a las comunicaciones de ESSALUD, la OIM mediante carta a 6232/2010/OIM dispuso que el Consorcio en el más breve plazo proceda al levantamiento de las observaciones y vicios ocultos identificados, así la Carta N° 150-GG-ESSALUD-2010 señala expresamente lo siguiente:

"Sobre el particular, este espacio en su calidad de director general del contenido, en base a la opinión técnica emitida por la gerencia central de infraestructura, así como de la unidad técnica de coordinación de convenios de apoyo a la gestión, solicita a su representada, comunique los actuados al contratista a fin de que, en el más breve plazo proceda levantamiento de las observaciones y vicios ocultos identificados caso contrario tenga bien proceder a la aplicación de la respectiva garantía técnica según los términos contractuales." (Ver anexo "T" respectivamente del escrito de demanda de fecha 22 febrero 2012)

Al respecto, el Consorcio, dando respuesta a la carta antes citada remite su Carta N° 071-10-CHO de fecha 01 de diciembre de 2010, señaló lo siguiente:

"(...) De una rápida lectura de los informes preparados por el personal de ESSALUD vemos que quiere dársele el carácter de vicio oculto a una serie de situaciones que no lo son y que son debido al uso normal o mal uso o falta de



mantenimiento de las instalaciones, con el único fin que el contratista se haga cargo del mantenimiento (...).

Con fecha 27 octubre hubo una reunión de coordinación en las oficinas de ESSALUD donde claramente quedó establecido que sólo tenían el carácter de vicio oculto dos observaciones:

- a) La necesaria impermeabilización de los techos planos que ya nuestra empresa procedió a ejecutar a su costo.*
- b) Las fisuras aparecidas en la viga del techo alto que tal como se lo comunicamos con carta N° 065-10-CHO recibida por ustedes el 12 noviembre, nuestra empresa ha solicitado una evaluación del diseño para si es necesario proceder con lo recomendación del estructural, el viernes 03 se tendrá el informe del ingeniero Julio Rivera Feijoo encargado externo de este asunto.*

Como puede verse pretender darle carácter de vicio oculto a deficiencias producidas por el mal uso o falta de mantenimiento de equipos y del hospital en general con el único propósito de que el contratista las labores de mantenimiento normal del hospital, es querer darle un mal uso a la ley y un abusivo que nuestra empresa no está dispuesta a atender ni tolerar, por lo que de insistir, esto solicitaremos un arbitraje de derecho contemplado en el contrato para que se determine si luego de 14 meses de uso y entrega una obra sin observaciones pueda llamarse vicio oculto a lo indicado por ESSALUD" (Ver anexo "Z" del escrito de demanda)"

Como se puede apreciar en este punto, el Consorcio luego de una evaluación y reuniones realizadas con la Entidad demandada, procedió a reconocer los vicios ocultos generados y, en el caso de la impermeabilización procedió a ejecutar las modificaciones correspondientes, quedando únicamente por determinarse la situación de las fisuras aparecidas en la viga del techo alto.

Respecto de las fisuras encontradas y consideradas como vicios ocultos, el Consorcio mediante Carta N° 005-11-CHO de fecha 11 de enero de 2011, procedió a realizar los trabajos que solucionaron el problema tomando en cuenta el Informe de Evaluación Estructural realizado por dicha parte y no objetado por la Entidad. En ese sentido, mediante Carta N° 025-11-CHO de fecha 03 de marzo de 2011 (Ver anexo "DD" del escrito de demanda), el Consorcio procedió a comunicar a ESSALUD que iniciaría los trabajos de reparación de fisuras en las zonas correspondientes adjuntando a dicha carta un cronograma tentativo. Al respecto, la referida Carta N° 005-11-CHO señala expresamente lo siguiente:

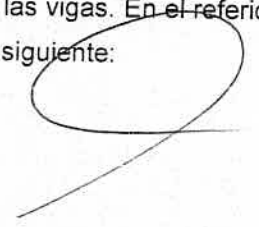
"(...) En las conclusiones del mismo se puede claramente ver que las fisuras están dentro de la tolerancia de espesores dados por la norma ACI-224, y que las mismas son debidas a efectos de contracción hidráulica del concreto y por efectos de gradiente de temperatura en la zona. (...) Dado que este problema de las fisuras en las vías del nivel alto constituye uno de los vicios ocultos aceptados por nuestro Consorcio en la reunión de coordinación tenido con ESSALUD en calidad de tal, procedemos a realizar los trabajos encomendados por el ingeniero Julio Rivera Feijoo" (Ver anexo "CC" del escrito de demanda)

Posteriormente, la Gerencia de Recepción y Liquidación de Obras y Proyectos GCI-ESSALUD y la OIM mediante Carta N° 202-GRyLOP-GCI-ESSALUD-2011, Carta N° 6232-2010-OIM de fecha 26 de noviembre, y Carta 365-GCI-ESSALUD-2011 de fecha 15 de febrero de 2010 (Ver anexo "BB" y "LL", del escrito de demanda), reiteraron al Contratista que realice los trabajos de reparación de las supuestas deficiencias comunicadas. Según señala ESSALUD recién con fecha 14 de marzo de 2011, se inician los trabajos de reparación de las deficiencias encontradas, para lo cual adjunta la Carta 574-GCI-ESSALUD-2011 de fecha, en la que se indica expresamente lo siguiente:

"(...) mediante el documento de la referencia, el Consorcio hospital Oroya ha remitido a la entidad el cronograma de reparación de fisuras en el nuevo hospital II de la Oroya, en el que se indican los trabajos que va a ejecutar el contratista para efectos de subsanar los vicios ocultos y deficiencias constructivas (...)." (Ver anexo "35" del escrito de contestación de demanda)

De la citada carta, no se evidencia que el Contratista no haya estado ejecutando los trabajos, más aún que, de las reuniones y documentos presentados, así como del dictamen pericial ofrecido por la propia Entidad, se puede advertir se vinieron ejecutando algunos trabajos, como el llenado de las fisuras, lo cual revela que lo alegado por la demandada no tiene fundamento fáctico.

Sobre las estructuras, es importante destacar y hacer mención del Informe de Evaluación de Estructuras presentado por el Consorcio mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 2012 (a pesar de que el Consorcio indica que dicho Informe Estructural no guarda relación con los puntos controvertidos en la presente controversia) respecto de las causas probables de las "fisuración" de las vigas. En el referido informe realizado por el ingeniero Julio Rivera Feijoo, se concluyó lo siguiente:



“La fisuración de las vigas del segundo nivel del nuevo hospital la Oroya se debe principalmente a los fenómenos de contracción hidráulica del concreto (contracción de fragua) que han generado la fisuración, las mismas que se han magnificado con la estructuración sismo resistente del edificio y con el efecto térmico propio de la zona de la Oroya, lugar de variaciones térmicas importantes por su ubicación geográfica. (...) El fenómeno de la contracción hidráulica del concreto, es aquella propiedad intrínseca de las estructuras del concreto.

(...)

La fisuración de las vigas del segundo nivel en la zona de doble altura del hospital se debe principalmente a los siguientes efectos:

- Efectos de contracción hidráulica del concreto en edades tempranas
- Esfuerzos por efectos de la variación de temperatura en la lucha y vidas del último nivel. (Ver anexo “A” del escrito presentado el 10 diciembre 2012 presentado por el Consorcio) (El resaltado y subrayado es nuestro).

Las conclusiones arribadas por el profesional que realizó el informe citado, se puede inferir: primero, que debido al clima de la zona de ejecución de obra el comportamiento normal del concreto presentarían fisuras; y, segundo, que dicho comportamiento es efecto de la denominada Contracción Hidráulica del Concreto; por lo que, a decir de este Tribunal Arbitral, entre estas conclusiones y las acciones tomadas por el Consorcio en coordinación con ESSALUD, se puede concluir que el Consorcio actuó diligentemente, siguiendo las recomendaciones del ingeniero Julio Rivera, recomendaciones que fueron puestas en conocimiento.

Por otro lado, en fecha de 12 de mayo de 2011, ESSALUD solicita al Centro de Peritajes del Colegio de Ingenieros del Perú, la misión pericial para la evaluación estructural del Nuevo Hospital de la Oroya; por los ingenieros Alfredo Rabines Flores y José Alexis Chaparro Méndez, quienes realizaron las evaluaciones y ensayos de laboratorio correspondientes, concluyendo lo siguiente:

“1. (...) el agua que contiene el concreto debido a las bajas temperaturas se cristaliza con consecuencias tiende a fisurar a las estructuras de concreto. De la información proporcionada por ESSALUD se observa que las anotaciones del cuaderno de obra el supervisor de la obra, autoriza los vaciados de concreto y no registra el control de la temperatura del medio ambiente antes del vaciado, el control de temperatura del concreto durante el

vaciado y posterior a su culminación, tampoco se aprecia indicaciones del supervisor, de exigir al residente de la obra, las medidas de protección del concreto luego de culminada la etapa del vaciado." (Ver anexo "2" del escrito presentado por ESSALUD el 29 de octubre de 2012) (El resaltado y subrayado es nuestro)

Como se puede advertir de la conclusión del Dictamen Pericial presentado por ESSALUD, el clima de la zona de ejecución de la obra tiende a ejercer cierto comportamiento que, a temperaturas bajas, resulta normal; asimismo cabe indicar que la Entidad a través de su supervisor autoriza el vaciado del concreto por parte del Consorcio.

El Dictamen Pericial, presentado por ESSALUD, respecto de las fisuras presentadas concluye lo siguiente:

"2. De la inspección realizado distintos bloques de este hospital, se pudo observar que las fisuras presentadas, han sido selladas por la firma contratista Consorcio hospital la Oroya (INCOT SAC - EIVISAC)

(...)

3. De los resultados de los ensayos de compresión de las muestras obtenidas de las extracciones diamantinas recuperadas de las distintas estructuras del hospital se concluye que el concreto de este hospital cumple con las especificaciones técnicas del proyecto, sin embargo el tratamiento aplicado por la firma contratista Consorcio hospital la Oroya, para el sellado de las fisuras y aprobado por la supervisión, no garantiza que en otros sectores distintos a los reparados puedan presentarse fisuras similares a las aparecidas durante la construcción, sobre todo en los cambios de estación." (Ver anexo "2" del escrito presentado por ESSALUD el 29 de octubre de 2012) (El resaltado y subrayado es nuestro)

Cabe indicar que, sobre el sellado de las fisuras presentadas por parte del Contratista, ESSALUD había autorizado y tenía conocimiento de los trabajos referidos al sellado de las fisuras observadas por la propia Entidad, las estructuras utilizadas en el concreto del hospital cumplen con las especificaciones técnicas del proyecto aprobado por la demandada.

Por las razones expuestas hasta este punto, este Colegiado declara que, tanto el Informe de Evaluación de Estructuras presentado por el Consorcio como el Dictamen Pericial antes citado (presentado por la demandada), se armonizan y se condicen reconociendo y

advirtiendo ambos las mismas dificultades en las obras, cuya solución en la práctica fue aprobada por la Entidad en coordinación con el Consorcio mediante sendas reuniones.

Conforme se advierte de las comunicaciones presentadas como medios probatorios por las partes y los hechos más destacados que dieron origen a la controversia, este Colegiado concluye que el Consorcio, en ningún momento trató de deslindar su responsabilidad, sino por el contrario, luego de realizadas las observaciones, denominadas como vicios ocultos por la demandada, procedió a la revisión de la obra conjuntamente con los representantes de la Entidad, a fin de determinar la existencia de los referidos vicios ocultos. Al determinarse la existencia de dos vicios ocultos referidos a la impermeabilización de los techos planos y las fisuras aparecidas en la viga del techo alto, el Consorcio comenzó los trabajos respectivos para dar solución a dicha situación, incluso llegando a un acuerdo técnico con la Entidad como en el caso del Informe N° 030/JEB/UTCCAG-OGA-ESSALUD-2010 de fecha 18 de noviembre de 2010, ello puede corroborarse teniendo en cuenta que las situaciones descritas no han sido contradichas por la demandada.

Asimismo, cabe indicar que respecto de las precisiones realizadas por el Consorcio, referidas al mal mantenimiento, comportamiento normal de los materiales y al desgaste de las instalaciones producto del uso, la Entidad se limitó únicamente a indicar que sobre ellas existieron vicios ocultos sin contradecir técnicamente lo indicado por el demandante.

El Informe de Evaluación Estructural presentado por el Consorcio mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 2012, se condice con las conclusiones arribadas en el Dictamen Pericial realizado por los ingenieros Alfredo Rabines Flores y José Alexis Chaparro Méndez, dictamen presentado por ESSALUD mediante escrito presentado el 29 de octubre de 2012; razón por la cual a decir de este Tribunal Arbitral se puede concluir que, efectivamente el Consorcio cumplió con las especificaciones técnicas contenidas en el Expediente Técnico y proyecto.

Así también, cuando el Consorcio venía ejecutando aquello que había sido considerado como vicio oculto, fue emplazado con observaciones por la Entidad que ya habían sido materia de evaluación y que, en su momento fueron tomadas en cuenta y evaluadas por el Consorcio conjuntamente con la demandada, a pesar de que estos últimos llevaban aproximadamente 10 meses en posesión y uso de la obra ejecutada; al respecto, este Colegiado considera que dicho lapso es más que suficiente para que la Entidad haya dado cuenta de todos los desperfectos y observaciones que pudiese tener sobre la estructura, arquitectura o instalaciones ejecutadas por el contratista que en un principio habían observado.

En suma, conforme se desprende de los medios probatorios aportados por ambas partes, este Colegiado puede inferir que el Contratista atendió los requerimientos efectuados por ESSALUD y OIM en plazos razonables, procediendo a resolver los problemas detectados luego de las evaluaciones preliminares y reuniones correspondientes conjuntamente con la Entidad contratante.

Ahora bien, siendo que este Colegiado ha analizado los hechos más resaltantes y determinantes de la controversia, arribando a algunas conclusiones preliminares, corresponde que se analice la figura de vicios ocultos así como sus efectos e implicancias, ello a fin de determinar si existe un plazo perentorio para realizar las reparaciones por vicios ocultos, conforme las bases del proceso de selección y el contrato. Así, sobre los vicios ocultos la doctrina señala:

*"(...) El vicio será oculto, por antonomasia, cuando no pueda ser detectado sino por un especialista de la construcción. Más aún la jurisprudencia francesa establece que cuando el vicio puede ser normalmente detectado por un profano, pero no así evaluando en la grave magnitud de sus consecuencias, no se constituye en vicio aparente sino en vicio oculto. Esto es, puede ser que el propietario aprecie las ranuras desniveles e imperfecciones que acusen las vidas del techo de la casa pero no la nefasta consecuencia de derrumbamiento que puede sobrevenir más tarde. El vicio será entonces un vicio oculto."*²

Del mismo modo, José María Abella sobre los vicios ocultos propone una definición y algunos requisitos para su configuración, los cuales pasamos a exponer:

"El vicio oculto se puede entender como que la cosa común tiene algún defecto, o como que carece de determinadas cualidades que se le suponía, con lo que tiene un valor negativo (en ambos casos) respecto a lo que se pensaba en un principio. En definitiva el vicio oculto no lo debe conocer, y será fácilmente reconocible por el adquirente de la cosa dividida. (...)

a) que el vicio consiste en una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad; b) que es preciso que el vicio sea anterior a la venta aunque su desarrollo sea posterior; c) que es preciso que el vicio no fuera conocido por el adquirente, ni cognoscible por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto; d) que ha de ser de tal naturaleza que haga la cosa impropia para el

² AQUINO, José Ángel "Derecho De La Construcción" INTEC Santo Domingo. República Dominicana 2001 Pp. 52



uso a que la destina o disminuya de tal modo este uso que de haberlo conocido el comprador no la hubiera adquirido o habría dado menosprecio, es decir que no se trata que sea inútil hará todo uso sino para aquel que motivó la adquisición, si nada le hubiere pactado sobre el destino, debiendo entenderse que la cosa fue comprada para aplicar la al uso más conforme con su naturaleza y más en armonía con la actividad a que se dedicaba el adquiriente"

³

Por otro lado, Manresa y Navarro califica al vicio oculto como: *"un caso de error, donde el "adquiriente" adquiere por error la cosa con el vicio oculto, ya que si hubiera estado a la vista no le hubiera pasado inadvertido, y en consecuencia carecería de la acción pertinente para que se le compensara."*⁴

Del mismo modo, José Payet sobre vicios ocultos señala lo siguiente:

*"A los vicios ocultos se asimila la ausencia en el bien de las cualidades prometidas por el transferente. El vicio oculto es definido por nuestra doctrina como el defecto o imperfección que no se revela por el simple examen de la cosa transferida. No son vicios ocultos, entonces, como establece el artículo 1504° "Los que el adquiriente pueda conocer cuando la diligencia exigible de acuerdo con su actitud personal y con las circunstancias". (...) A los vicios ocultos se asimila, como hemos dicho, la falta de las cualidades prometidas por el transparente. Dispone, en tal sentido el artículo 1505° que "Hay lugar a saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición" Nuestra doctrina expresa que para que se entienda que existe una promesa, se requiere una manifestación de voluntad con carácter vinculante."*⁵

Cabe indicar también, que para el ingeniero Jorge Donayre Ordinola la figura de los vicios ocultos son defectos constructivos, al respecto señala lo siguiente:

³ ABELLA RUBIO, José María "La División de la Cosa Como en el Código Civil DYKINSON MADRID 2003, PP. 272 - 274

⁴ MANRESA Y NAVARRO "Comentarios al código civil español" T.X quinta edición Madrid 1950 Pp. 251.

⁵ PAYET, José Antonio biblioteca para leer en el código civil volumen VIII tomo II fondo editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú tercera edición Lima Perú 1997 Pp. 936-938

"Los vicios ocultos o defectos constructivos es un tema previsto en nuestra legislación; en la ley de contrataciones pero especialmente en el código civil peruano. (...)”⁶

Para este Colegiado la figura del vicio oculto se traduce en un error o anomalía intelectual o material; intelectual en el caso en el que el error se presente el expediente técnico o proyecto de una obra, y material en caso la obra presente un defecto constructivo o se haya utilizado erróneamente los materiales. El presente punto controvertido materia de conflicto se funda en el hecho de que habría existido un vicio material, es decir que el vicio se expresó a través del defecto constructivo advertido por ESSALUD.

De acuerdo con la doctrina nacional respecto a los vicios ocultos, este tribunal arbitral considera que para que se configure un vicio oculto se deben dar los siguientes requisitos:

- El vicio debe consistir en un defecto de construcción anterior a la entrega de la obra y advertido con posterioridad a ella
- El vicio no debe ser conocido por el acreedor, ni cognoscible mediante una simple observación
- El vicio debe ser de una magnitud tal que no permita al acreedor la normal utilización o desempeño del bien o cosa vulnerando manifiestamente la naturaleza de dicho bien.

Teniendo en cuenta lo que la doctrina señala respecto a los vicios ocultos, incluyendo sus requisitos, se puede apreciar que en ningún momento se hace mención a un plazo perentorio para la realización de los trabajos que subsanen los vicios ocultos presentados con las observaciones posteriores a la entrega de una obra.

Conviene destacar también, de manera ilustrativa, el tratamiento jurídico de la figura de los vicios ocultos en el Código Civil Peruano, al respecto los artículos 1484° y 1503° de dicho cuerpo legal señalan:

"1484°

Hay lugar a saneamiento los contratos relativos a la transferencia propiedad, la posesión o el uso del bien.

⁶ DONAYRE ORDINOLA Jorge Los vicios ocultos y el arbitraje en la ejecución contractual de obras públicas. Recurso web.



1503°

El transferencia está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia"

Respecto de los referidos artículos en comentario del Código Civil Peruano, el doctor Aníbal Torres Vásquez señala que:

"El saneamiento es regulado por el art. 1484 como una institución de aplicación general a todos los contratos, onerosos o gratuitos, traslativos de la propiedad, uso o posesión de un bien. Se trata de una obligación impuesta por la ley, pero de esencia contractual. Sanear, en su acepción amplia, significa hacer sano a un bien, repararlo o remediarlo, y, en su acepción contractual, es la obligación que asume el que transfiere un bien en propiedad (...)”⁷

Se desprende de nuestro Código Civil que si bien es cierto existe la obligación de de parte del deudor (en este caso el Contratista) de reparar remediar o" hacer sano un bien", dicha obligación no tiene un plazo específico contemplado en la normativa; es decir, que el citado cuerpo normativo tampoco hace mención expresa de un plazo para la subsanación, reparación o remedio de los vicios ocultos encontrados.

Por otro lado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala en su artículo 177° lo siguiente:

"Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación 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. (Resaltado y Subrayado nuestro)

Como se puede apreciar en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no se menciona ningún tipo de plazo perentorio para subsanar o rectificar las observaciones, reclamaciones por vicios ocultos presentadas después de la recepción de obra.

⁷ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. EL Código Civil Tomo II 2011 IDEMSA Pp. 4

En este punto de análisis, conviene que este Tribunal Arbitral analice si en el contrato se estipuló algún plazo perentorio para las observaciones de los vicios ocultos, en caso éstos se detectasen con posterioridad a la entrega de la obra. En ese sentido la cláusula sexta del contrato de ejecución de obra N° 002. ESSALUD/OIM -2007 señala lo siguiente:

"El Contratista es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes y servicios ofertados por un plazo de un (01) año, correspondiente al Periodo de Garantía Técnica, contados a partir de la fecha de recepción de la obra por OIM, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el artículo 1784° del Código Civil, EL CONTRATISTA deberá entregar previa recepción de la obra, una Carta Fianza Bancaria a favor de ESSALUD, quien la mantendrá en su posesión hasta el término del plazo del periodo de garantía técnica, equivalente al cinco por ciento (5%) del monto del contrato, emitida por una entidad autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a solo requerimiento por carta notarial, sin necesidad de exigencia judicial para su pago o ejecución. Dicha garantía será devuelta contra la presentación del Certificado de Garantía Técnica emitida por ESSALUD, en un plazo máximo de 30 días posterior a la emisión del referido Certificado."

De acuerdo al propio contrato en su cláusula sexta, se puede inferir que, en caso de existir vicios ocultos encontrados durante el plazo correspondiente al periodo de la garantía técnica, existe responsabilidad de parte del contratista, sin embargo no se puede apreciar manifiestamente un plazo dentro del cual el contratista pueda subsanar remediar o reparar los vicios ocultos; por lo tanto, este Colegiado concluye, a la luz del contrato, la doctrina analizada y el mismo Código Civil, que para su subsanación o reparaciones por vicios ocultos en una obra no existe un plazo perentorio, siendo que, a decir de este Colegiado, debe existir el mínimo de diligencia de parte del contratista para la reparación de los defectos materiales encontrados.

En ese sentido, respecto del saneamiento de los vicios ocultos, el jurista nacional, Mario Castillo Freyre señala que:

*"De manera general podemos decir que el saneamiento por vicios ocultos se construye sobre la base de la lealtad que debe regir toda relación contractual."*⁸

⁸ CASTILLO FREYRE MARIO & SABROSO MINAYA Rita. "El Arbitraje En La Contratación Pública" PALESTRA Lima 2009 Pp. 103

Así, se desprende de los medios probatorios analizados, es decir las diversas cartas y comunicaciones mediadas entre el consorcio, ESSALUD y la OIM, que la Contratista, cumplió con atender las observaciones realizadas por las Unidades Técnicas de ESSALUD, existiendo pues buena fe de parte del Consorcio; cabe resaltar también se realizaron las reparaciones, sean estructurales de arquitectura o de instalaciones en la obra, sino que más bien en diversas reuniones realizadas con presencia de los representantes de ESSALUD se pudo determinar los vicios ocultos (que fueron debidamente reconocidos) y aquellas observaciones que no correspondían a esta figura legal.

Del mismo modo, conforme se ha establecido anteriormente, el Consorcio dio respuesta a los requerimientos de ESSALUD y OIM en un plazo razonable; siendo que el Consorcio, no obstante no existir un plazo perentorio para corregir subsanar y/o reparar los vicios ocultos encontrados, procedió, en coordinación con la Entidad contratante, a resolver y atender los problemas hallados.

Por lo expuesto, este Tribunal Arbitral declara FUNDADA la primera pretensión contenida en el escrito de demanda; y en consecuencia, declara que conforme a las Bases del Proceso de Selección y el Contrato de Obra no existe un plazo perentorio para realizar las reparaciones por vicios ocultos.

Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar indebida la ejecución de la garantía técnica constituida por la Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental por la suma de S/. 1, 003,817.33 (un millón tres mil ochocientos diecisiete y 33/100 nuevos soles) y por la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 por la suma de S/. 177,144.23 emitida por el Banco Continental (ciento setenta y siete mil ciento cuarenta y cuatro con 23/100 nuevos soles), por supuesto incumplimiento en la subsanación de vicios ocultos.

Posición del Tribunal Arbitral:

La controversia del presente punto controvertido se centra en determinar si los supuestos por los cuales la entidad procedió con la ejecución de las garantías constituida por la Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58, fueron válidos o no, razón por la cual, previo al análisis correspondiente, conviene que este Tribunal Arbitral examine lo que señala el Contrato de Ejecución de Obra N° 002.

ESSALUD/OIM -2007 en relación a ello. Así, en el referido contrato, se establece el plazo de responsabilidad la obra por parte del Contratista.

Al respecto la cláusula sexta del Contrato de Ejecución de Obra N° 002. ESSALUD/OIM - 2007 señala lo siguiente:

"El Contratista es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes y servicios ofertados por un plazo de un (01) año, correspondiente al Periodo de Garantía Técnica, contados a partir de la fecha de recepción de la obra por OIM, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el artículo 1784° del Código Civil, EL CONTRATISTA deberá entregar previa recepción de la obra, una Carta Fianza Bancaria a favor de ESSALUD, quien la mantendrá en su posesión hasta el término del plazo del periodo de garantía técnica, equivalente al cinco por ciento (5%) del monto del contrato, emitida por una entidad autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a solo requerimiento por carta notarial, sin necesidad de exigencia judicial para su pago o ejecución. Dicha garantía será devuelta contra la presentación del Certificado de Garantía Técnica emitida por ESSALUD, en un plazo máximo de 30 días posterior a la emisión del referido Certificado."

Tal como se puede advertir el Contrato materia de litis, una vez entregada y recepción de la obra, la Contratista debía emitir una Carta Fianza a favor de ESSALUD por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de bienes y servicios prestados hasta por el plazo de un año.

En ese sentido, según ESSALUD la Garantía Técnica emitida no protege sus intereses luego de la entrega de la obra, motivo por el cual requirió al Contratista, nuevamente -a fin de proteger sus intereses - una garantía técnica a fin de cubrir los vicios ocultos de bienes y servicios ofertados por el plazo de un año contados a partir de la fecha de recepción de obra, la misma que procedió a ejecutar. Conforme se desprende de las alegaciones de ESSALUD, las Cartas fianzas fueron ejecutadas debido a lo siguiente:

"El contratista no ejecutó con la calidad, prontitud y eficiencia requeridas los trabajos de reparación demandado por la propietaria (...) siendo que el 31 mayo 2011 el contratista no habría terminado los trabajos de reparación de vicios ocultos a los que se había comprometido y sin mostrar ninguna intención de su cumplimiento (...) la entidad en su derecho de

preservar sus intereses y estando cerca del vencimiento las cartas fianzas entregadas como garantía técnica, decidió su ejecución con cargo a realizar los trabajos faltantes con cargo a estos recursos. Al respecto se debe considerar, que, los plazos para la sustracción de las deficiencias constructivas y vicios ocultos fueron señalados por el propio contratista en dos oportunidades, las cuales no cumplió (...)." (Ver escrito de contestación de demanda de fecha 12 abril 2012)."

Sobre el supuesto de ejecución de las cartas fianzas alegado por ESSALUD, en el punto controvertido precedente, este Colegiado ha determinado que no existe en el contrato de obra o las bases del proceso de selección plazo perentorio alguno para realizar las reparaciones por vicios ocultos encontrados, razón por la cual ESSALUD de manera indebida dispuso la ejecución de las garantías.

Cabe indicar también que en la consulta N° 09, realizada por el Consorcio a la OIM, durante la etapa del proceso de selección se indicó como respuesta afirmativa a la consulta siguiente:

"Consulta: cláusula sexta: plazo de responsabilidad por la obra

En la cláusula sexta del contrato se habla de una fianza bancaria por el 5% del monto del contrato como garantía técnica por un plazo de un.

Confirmar que esta garantía sólo cubrirá deficiencias en la obra por mala práctica constructiva y vicios ocultos que no pudieron ser previstos en la recepción de la obra, pero de ninguna manera podrá utilizarse para solicitar arreglos por desperfectos debido al mal uso de los empleados de la entidad, desgaste de materiales propios del uso y tiempo, falta de mantenimiento adecuado de equipos." (Ver anexo "D" del escrito de demanda de fecha 23 febrero 2012)

Este Colegiado considera necesario indicar que: Resulta ilógico ejecutar las cartas fianzas en razón de un supuesto incumplimiento en el levantamiento de los vicios ocultos, cuando no existe un plazo perentorio para la reparación o subsanación de los referidos vicios ocultos.

Al respecto, conforme se ha determinado en el primer punto controvertido la contratista procedió al levantamiento de los dos únicos vicios ocultos que conjuntamente con la entidad había determinado, siendo que procedió a indicar mediante sendas cartas que sobre las otras observaciones realizadas por la Entidad no se consideraban vicios ocultos, ya que dichas observaciones se referían a desperfectos por el mal uso por parte de la entidad,

desgaste propio del uso, tiempo y factor climático de la zona así como de un adecuado mantenimiento de las instalaciones y equipos. Esta situación no ha sido materia de contradicción por parte de la Entidad demandada.

Asimismo, cabe indicar que sobre las fisuras reclamadas por la Entidad como vicios ocultos aparecidas con posterioridad a las observaciones primigenias, el Consorcio luego de una evaluación procedió con la respectiva reparación de dichas fisuras, concordando tanto el Informe remitido por el consorcio, como el Dictamen Pericial presentado por ESSALUD, que dichas fisuras se debían al normal comportamiento del concreto y que los materiales utilizados eran de conformidad con lo estipulado en las bases, situación que la demandada no ha contradicho.

Conforme se puede apreciar que los hechos antes descritos, el supuesto de incumplimiento de la subsanación de los vicios ocultos por el cual ESSALUD ejecuta las cartas fianzas resulta indebido toda vez que, a la luz del contrato y de los medios probatorios aportados por ambas partes, se puede advertir que no existe un plazo perentorio para realizar las reparaciones por vicios ocultos, y que el Consorcio venía ejecutando su compromiso de subsanar los vicios encontrados.

Cabe destacar en este punto que como señala el jurista Mario Castillo Freire el saneamiento de los vicios ocultos se construye a partir de la lealtad y buena fe que deben regir los contratos.⁹

Así, en sus obligaciones contractuales, el Consorcio procedió con la emisión de la Carta Fianza por el plazo de un año luego de la recepción de la obra; en tal sentido, se puede verificar de los medios probatorios aportados por ambas partes que, los trabajos de subsanación de los vicios ocultos encontrados.

Por lo expuesto, este Colegiado declara FUNDADA la segunda pretensión contenida en el escrito de demanda; y en consecuencia, declara indebida la ejecución de la garantía técnica constituida por la Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental por la suma de S/. 1,003,817.33 (un millón tres mil ochocientos diecisiete y 33/100 nuevos soles) y por la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 por la suma de S/. 177,144.23 emitida por el Banco Continental (ciento setenta y siete mil ciento cuarenta y cuatro con 23/100 nuevos soles), por supuesto incumplimiento en la subsanación de vicios ocultos.

⁹ CASTILLO FREYRE MARIO & SABROSO MINAYA Rita. Ibid Pp. 103

Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no ordenar a los demandados, para que en forma solidaria y en vía de devolución, paguen al Consorcio Hospital Oroya la suma de S/. 1,003,817.33 (un millón tres mil ochocientos diecisiete y 33/100 nuevos soles) equivalente a la ejecución Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental más la suma de S/. 177,144.23 (ciento setenta y siete mil ciento cuarenta y cuatro con 23/100 nuevos soles) equivalente a la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 emitida por el Banco Continental, más los intereses legales que correspondan.

Posición del Tribunal Arbitral:

Este Colegiado advierte que la presente pretensión, guarda estrecha relación con lo analizado en el punto controvertido precedente, razón por la cual el presente análisis debe realizarse a la luz de las conclusiones arribadas anteriormente, considerando también los medios probatorios aportados por las partes para el sustento de sus posiciones respecto de esta pretensión

De esta manera se debe precisar que en el referido punto controvertido se determinó que la ejecución de la garantía técnica constituida por la Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental por la suma de S/. 1,003,817.33 (un millón tres mil ochocientos diecisiete y 33/100 nuevos soles) y por la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 por la suma de S/. 177,144.23 emitida por el Banco Continental (ciento setenta y siete mil ciento cuarenta y cuatro con 23/100 nuevos soles), por supuesto incumplimiento en la subsanación de vicios ocultos resultaba indebida, en razón de que no existe un plazo de para el levantamiento o reparación de los vicios ocultos reconocidos por el contratista y aceptados por ESSALUD.

Consecuentemente, habiéndose determinado que ESSALUD ejecutó indebidamente las cartas fianzas señaladas anteriormente, corresponde pues que, de manera solidaria tanto ESSALUD como la OIM devuelvan las referidas cartas fianza, ello debido a que estamos frente a un convenio entre ESSALUD y OIM para la ejecución de la obra encargada al Consorcio.

Por otro lado, habiendo determinado inicialmente que debe ordenarse la devolución, a favor del contratista, de las cartas fianzas indebidamente ejecutadas, corresponde que este Tribunal Arbitral determine si corresponde otorgar al Consorcio los intereses legales sobre la

base del monto adeudado por la Entidad a favor de la primera; para ello, este Colegiado considera conveniente analizar la figura de los intereses.

El Código Civil peruano de 1984 en su artículo 1242 ha señalado que:

"Artículo 1242°

El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago."

Por otro lado, sobre los intereses legales, los artículos 1245° y 1246° del Código Civil indican lo siguiente:

"Artículos 1245°

Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal."

"Artículo 1246°

Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal."

Al no haber pactado expresamente las partes intereses compensatorios o moratorios, bajo estas nominaciones expresamente, únicamente corresponderá que el obligado a pagar intereses abone por dicho concepto el valor correspondiente a intereses legales.

En tal sentido, debe observarse lo dispuesto por el artículo 1335° del Código Civil, cuyo texto sanciona:

"Artículo 1335°.- Mora en las Obligaciones Recíprocas

En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá."

El de igual manera, el artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado señala expresamente lo siguiente:

"Artículo 48.- Intereses y penalidades

715 A



En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento."

Así pues, de la lectura de las normas citadas, se advierte que en el caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, se le deberá reconocer al Contratista los intereses legales. En tal sentido, este Colegiado considera que en el presente caso, en aplicación de los artículos antes citados, corresponde reconocer al Consorcio el interés legal solicitado, aplicando para ello la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Por otro lado, habiendo determinado que se debe reconocer únicamente el interés legal a favor del Consorcio, corresponde establecer desde qué momento se produce dicho interés legal. En ese sentido, se aprecia que las partes no han pactado nada respecto a lo señalado; sin embargo, el artículo 1344° del Código Civil dispone que:

"En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)"

De esta manera, de lo señalado en el artículo en mención, los intereses legales se deberán computar a partir de la fecha de notificación a la demandada con la solicitud de arbitraje presentada por el Consorcio.

Por lo tanto, este Tribunal Arbitral resuelve declarar FUNDADO el presente punto controvertido, y en consecuencia, ordena a la demandada, para que en forma solidaria y en vía de devolución, paguen al Consorcio Hospital Oroya la suma de S/. 1,003,817.33 (un millón tres mil ochocientos diecisiete y 33/100 nuevos soles) equivalente a la ejecución Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental más la suma de S/. 177,144.23 (ciento setenta y siete mil ciento cuarenta y cuatro con 23/100 nuevos soles) equivalente a la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 emitida por el Banco Continental, reconociéndole los respectivos intereses legales, aplicando para ello la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú a la suma adeudada; dicho interés empezará a computarse a partir de la fecha de notificación al demandado de la solicitud de arbitraje presentada por el Consorcio.

715 A

S

Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no ordenar a los demandados para que de forma solidaria cumplan con pagar al Consorcio Hospital Oroya la suma de S/. 100,000.00 (cien mil con 00/100 nuevos soles) por indemnización por daños y perjuicios.

Posición del Tribunal Arbitral:

Respecto de este punto controvertido el Consorcio señala que debido a la conducta de ESSALUD en la ejecución de la garantía técnica y que de manera dolosa formuló observaciones con el objeto de impedir que el plazo de vigencia de la garantía se venza, dicha parte había quedado desacreditada ante el sistema financiero por incumplimiento de, afectando su línea de crédito y de fianzas, líneas que resultan indispensables para la ejecución de su actividad empresarial en el sector de la construcción. En base a las razones acotadas el Consorcio solicita la suma de S/. 100,000.00 (cien mil con 00/100 nuevos soles) por indemnización por daños y perjuicios.

En este punto, este Tribunal Arbitral, observando lo pretendido por el demandante en su escrito de demanda, deberá resolver lo pertinente a la pretensión señalada por el demandante en relación a la indemnización por daños y perjuicios. Cabe señalar en este punto que el Consorcio sustenta su posición en los artículos 1969° y 1985° del Código Civil.

Es importante tener presente que la **responsabilidad civil contractual** es la que procede ante la infracción de un contrato válido o, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: Una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así, el Artículo 1321° del Código Civil señala lo siguiente:

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

Al respecto, es importante citar a Pazos¹⁰ que refiere respecto al artículo del Código Civil antes citado, lo siguiente:

¹⁰ PAZOS HAYASHIDA, Javier (2007) "Código Civil Comentado, comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil", Tomo VI, Gaceta Jurídica, Lima, p. 880

"La inexecución de una obligación puede generar tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales. La sola mención a los daños patrimoniales, daño emergente (detrimento en el patrimonio del sujeto afectado) y al lucro cesante (la ganancia dejada de percibir), no determina que sólo los daños de esta naturaleza sean resarcibles. Los daños extrapatrimoniales también son objeto de resarcimiento en lo que a inexecución de obligaciones compete."

En relación al artículo 1321º, los juristas Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre precisan lo siguiente:

"(...) la regla es que el resarcimiento por la inexecución de la obligación comprende el daño emergente, así como el lucro cesante además del daño moral, en tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. Así, la inexecución de la obligación puede generar una multiplicidad de daños, pero no todos serán resarcibles y de éstos muchos menos serán resarcidos"¹¹.

Entonces, antes de entrar de lleno al análisis materia del caso, debemos tener en cuenta que, para que se configure la responsabilidad contractual debe cumplirse con lo siguiente:

- Primero, debe existir un contrato válidamente celebrado, el cual debe ser eficaz;
- Segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño;
- Tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y
- Cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

Asimismo, es necesario señalar que para este tipo de responsabilidad debe haber primero un daño causado; segundo, la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño causado a la víctima y los actos de atribución (subjetivos u objetivos). La relación causal es el elemento fundamental al momento de determinar la responsabilidad civil en una determinada controversia, la misma que debe ser entendida como el nexo existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, dicha relación causal debe permitir establecer entre una serie de hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cuál es aquel que ocasionó el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados y cuales merecen ser reparados.

¹¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores.

Así tenemos que, entre ambos tipos de responsabilidad civil es fundamental el daño (acto) causado. Si el daño causado no existe, no hay responsabilidad contractual ni extracontractual, el daño es el que identifica las responsabilidades; en el campo extracontractual el daño es a cualquier persona, mientras en el contractual el daño es siempre al acreedor. Por otra parte, en la responsabilidad extracontractual se regula la doctrina de la reparación integral del daño que existe. Es por ello, que en este campo se indemniza todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan, en principio, todos los daños; solamente se reparan aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor.

Luego de lo expuesto, este Colegiado advierte que la pretensión de indemnización solicitada por el Consorcio se configura como un supuesto de responsabilidad civil contractual, toda vez que el supuesto perjuicio habría surgido como consecuencia de una indebida ejecución de las Cartas Fianzas, es decir que existió un incumplimiento de una de las partes.

En esa misma línea, este Tribunal Arbitral ha concluido que, lo que la Contratista está pretendiendo es una indemnización por los supuestos daños y perjuicios que le ha ocasionado la Entidad al ejecutar las cartas fianzas.

Habiendo ya determinado que la presente solicitud de indemnización se genera de una responsabilidad civil contractual, queda por determinar quién debe probar el incumplimiento, el daño y, si el mismo se encuentra probado en el presente proceso.

En esa línea, el Artículo 1331° del Código Civil señala lo siguiente:

"La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Con lo antes transcrito, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el Artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así, y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar, si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales, es el demandante.

En este sentido, tenemos que el acreedor (demandante) debe demostrar el daño tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco, es decir tanto en contenido como en cuantía o medida debe acreditarse la afectación a un interés jurídico amparado por el ordenamiento

jurídico, clasificación del daño, así como debe acreditarse el monto o valoración del daño que el afectado calcule sobre la afectación de sus intereses patrimoniales y no patrimoniales.

En este punto corresponde analizar la figura del daño emergente, que es aquel egreso de un bien del patrimonio de la víctima¹².

Asimismo, el profesor Juan Espinoza citando a Monateri señala que el daño consiste en *"la pérdida actual de un mejoramiento patrimonial futuro y posible"*¹³

Como hemos mencionado, para determinar la existencia de un supuesto de responsabilidad civil es importante que se verifique la ocurrencia de sus cuatro elementos: daño, hecho dañoso, relación causal y criterio de imputación. Dichos elementos constituirán los argumentos de fondo que respaldarán la pretensión indemnizatoria de la víctima acreedora ante la inejecución de una obligación. Es importante que el acreedor (demandante) afirme los hechos conjeturados en su demanda para la indemnización por daño emergente y lucro cesante.

Así, para el daño emergente (lo que egresa del patrimonio por efectos de la conducta del agente que incumple una obligación contractual), deberá demostrarse que el bien se encontraba en el patrimonio del sujeto antes del evento dañoso y que, como consecuencia de éste, ha salido de la esfera patrimonial de la víctima.

Ahora bien, en el presente proceso, el demandante se encuentra pretendiendo una indemnización por supuestos daños y perjuicios, la cual, a entender de este Colegiado, se debe realizar bajo un análisis detallado de cada supuesto daño que el demandante afirma que se ha ocasionado, los cuales son, conforme el demandante detalla:

- Desacreditación en el Sistema Financiero, y
- Afectación a su línea de crédito Virginia de finanzas indispensables para la ejecución de su actividad empresarial en el sector construcción.

¹² Conceptos tomados del artículo: "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", del doctor Carlos Fernández Sessarego.

¹³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "El daño por pérdida de una chance" en Estudios de Derecho Patrimonial. Editorial ADRUS, Arequipa: Noviembre 2007. p. 71.

Así pues, este Colegiado considera conveniente analizar si se cumplen los elementos que configuran la responsabilidad, los mismos que son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

En relación al elemento (i), esto es "la imputabilidad", el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica, de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda, puesto que, independientemente de que causare o no un daño, si es que dicha persona por su capacidad no le es atribuible el resarcimiento, entonces no merece que se prosiga con el análisis de los demás elementos antes indicados.

Sobre este particular, cabe preguntarnos, en este caso ¿la Entidad es una persona jurídica cuya condición, según lo establecido en el Código Civil, sea el de una persona jurídicas incapaz?; la respuesta es no, es decir, no hay ninguna causal por la que, en el supuesto de haberse configurado un daño, el mismo no pueda imputársele a la Entidad, por lo que el primer elemento configurativo de Responsabilidad se cumple.

En este punto este Colegiado considera conveniente analizar el punto (v), referido a la relación del daño; al respecto, debemos precisar que **el daño incide en las consecuencias que derivan de la lesión del interés protegido, así mismo el daño ocasionado para ser sujeto de indemnización debe ser probado y no solo alegado, correspondiéndole la carga de la prueba a quien afirma haber sufrido dicho daño (subrayado es nuestro)**, siendo en este caso el Consorcio quien debe de probarlo. De lo expuesto anteriormente, este Colegiado advierte de un estudio detallado de los medios probatorios presentados el demandante no ha cumplido con acreditar documentalmente el daño producido sino solamente se ha limitado a alegar dicha situación; en tal sentido este Tribunal Arbitral considera que no se ha probado el elemento del daño para que se configure la responsabilidad pretendida.

Por lo expuesto, este colegiado declara INFUNDADO el presente punto controvertido, en tal sentido este Tribunal Arbitral no reconoce el pago de los daños y perjuicios alegados por el consorcio.

Quinto Punto Controvertido:

Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.

Posición del Tribunal Arbitral:

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que éstas no acordaron nada en relación a la distribución de los costos del arbitraje, por lo que atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema respetando lo pactado entre las partes al momento de la celebración del convenio arbitral; en este sentido, atendiendo al buen comportamiento procesal mostrado por ambas partes, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma en partes iguales los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Por las consideraciones que preceden, de conformidad con las disposiciones legales que han sido citadas y de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo N° 1071- los árbitros **LAUDAN EN MAYORÍA**

PRIMERO: Declarar **FUNDADO** el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión formulada por el Consorcio Hospital Oroya en su escrito de demanda; en tal sentido, **DECLÁRESE** que no existe un plazo perentorio para realizar las reparaciones por vicios ocultos, conforme a las bases del proceso de selección y el Contrato de Obra.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADO** el segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión formulada por el Consorcio Hospital Oroya en su escrito de demanda; en tal sentido, **DECLÁRESE** indebida la ejecución de la garantía técnica constituida por la Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental por la suma de S/. 1,003,817.33 (un millón tres mil ochocientos diecisiete y 33/100 nuevos soles) y por la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 por la suma de S/. 177,144.23 emitida por el Banco Continental (ciento


setenta y siete mil ciento cuarenta y cuatro con 23/100 nuevos soles, por supuesto incumplimiento en la subsanación de vicios ocultos.

TERCERO: Declarar **FUNDADO** el tercer punto controvertido derivado de la tercera pretensión formulada por el Consorcio Hospital Oroya en su escrito de demanda; en tal sentido, **ORDÉNESE** a los demandados (ESSALUD - OIM) para que en forma solidaria y en vía de devolución, paguen al Consorcio Hospital Oroya la suma de S/. 1,003,817.33 (un millón tres mil ochocientos diecisiete y 33/100 nuevos soles) equivalente a la ejecución Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental más la suma de S/. 177,144.23 (ciento setenta y siete mil ciento cuarenta y cuatro con 23/100 nuevos soles) equivalente a la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 emitida por el Banco Continental, reconociéndole los intereses legales, aplicando para ello la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú a la suma adeudada; dicho interés empezará a computarse a partir de la fecha de notificación al demandado de la solicitud de arbitraje presentada por el Consorcio.

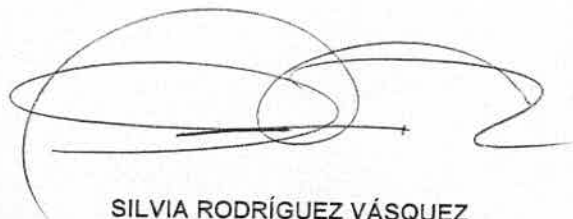
CUARTO: Declarar **INFUNDADO** el cuarto punto controvertido derivado de la cuarta pretensión formulada por el Consorcio Hospital Oroya en su escrito de demanda; en tal sentido, **DECLÁRESE** que no corresponde el pago de los daños y perjuicios.

QUINTO: DISPÓNGASE en relación al quinto punto controvertido, derivado de la quinta pretensión formulada por el Consorcio Hospital Oroya en su escrito de demanda que, tanto el Consorcio Hospital Oroya así como los demandados (ESSALUD - OIM), asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

SEXTO: DISPÓNGASE a la Secretaría arbitral remitir una copia del presente laudo al organismo supervisor de las contrataciones del Estado (OSCE) para su correspondiente publicación.


RICARDO SALAZAR CHÁVEZ
Presidente


JESÚS GABRIEL PANIORA BENITES
Árbitro



SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
Secretaria General de Arbitraje
Centro de Arbitraje PUCP



Voto en discordia

El árbitro que suscribe el presente voto, discrepa respetuosamente de la mayoría, en cuanto a la decisión relacionada con los tres primeros puntos controvertidos. En tal sentido, procedo a sustentar mi punto de vista del siguiente modo:

1. Respecto al primer punto controvertido, el mismo se fijó en los siguientes términos:

"Determinar si existe o no un plazo perentorio para realizar las reparaciones por vicios ocultos, conforme a las bases del proceso de selección y el Contrato de Obra".

Sobre el particular, creo que en el voto de la mayoría, pese a que se ha intentado abordar la discusión esencial en relación con la naturaleza de las observaciones formuladas por la Propietaria a la Contratista, finalmente no se llega a definir esto de manera contundente. Creo, por mi parte, que la pericia practicada a solicitud de Essalud concluye de manera precisa en que sí se trataba de vicios ocultos, razón por la que, independientemente de que el Supervisor no los haya considerado como tales, hubo una opinión técnica precisa que sí entendió que los problemas descubiertos posteriormente a la recepción de la obra eran vicios ocultos; es más, esto ha sido aceptado por las propias partes. Hay que destacar que esa pericia destaca problemas en la técnica constructiva aplicada por el contratista, situación que podría ser la generadora de esos vicios posteriormente detectados. Además, la pericia concluye con precisión que *el tratamiento aplicado por la firma contratista Consorcio hospital la Oroya, para el sellado de las fisuras y aprobado por la supervisión, no garantiza que en otros sectores distintos a los reparados puedan presentarse fisuras similares a las aparecidas durante la construcción, sobre todo en los cambios de estación.*

Por tales razones, discrepo de la Mayoría cuando esta señala que "este Colegiado declara que, tanto el Informe de Evaluación de Estructuras presentado por el Consorcio como el Dictamen Pericial antes citado (presentado por la demandada), se armonizan y se condicen reconociendo y advirtiendo ambos las mismas dificultades en las obras, cuya solución en la práctica fue aprobada por la Entidad en coordinación con el Consorcio mediante sendas reuniones". La técnica constructiva que debe sustentar la ejecución de una obra —y que, por tanto, debe sustentar la prestación del servicio respectivo por la contratista— no puede pretender justificar los defectos o vicios encontrados en las dificultades climáticas o de temperatura propias de una región de nuestro país, en la que se desarrollan obras permanentemente.

Tampoco me genera certeza la afirmación del Consorcio respecto a que los problemas detectados podrían tener su causa en el "mal mantenimiento, comportamiento normal de los materiales y al desgaste de las instalaciones producto del uso". Resulta curioso que una obra pueda mostrar problemas de ese tipo por esas causas en un periodo de tiempo tan corto.

En ese sentido, no soy de la idea de que se pueda afirmar que el Consorcio haya atendido "los requerimientos efectuados por ESSALUD y OIM en plazos razonables" como lo hace la Mayoría. A partir de esa afirmación, cabe preguntarse qué puede entenderse por "razonables" y, la respuesta, nos derivará a un cúmulo de apreciaciones subjetivas.

Atendiendo, por ello, a que no existen plazos preestablecidos por nuestro ordenamiento jurídico para que el Contratista cumpla con subsanar los vicios ocultos, debe tenerse en cuenta que esto estará sujeto al principio de buena fe entre las partes, máxime cuando una de ellas (en este caso el Consorcio) resulta deudora de la otra (Essalud), pues incurrió, durante la ejecución de la obra, en vicios ocultos que afectaban el estado de la misma; por tanto, el saneamiento es una obligación que la normativa impone a ese deudor. Compartimos, entonces, con Mario Castillo y Rita Sabroso cuando afirman que *"De manera general podemos decir que el saneamiento por vicios ocultos se construye sobre la base de la lealtad que debe regir toda relación contractual"*¹.

En este punto, entonces, cabe hacer la precisión que lo que se establece normalmente en relación con los vicios ocultos en obras públicas es el plazo que tiene la Administración Pública para iniciar las acciones que conlleven a su reclamación y reparación eventual. Por tanto, no se regula el plazo que tendría que otorgarse al Contratista para que repare los vicios ocultos detectados. Ahora bien, en el caso de autos el propio Contratista estableció hasta en dos oportunidades "plazos razonables" a su entender para efectuar las reparaciones requeridas, presentando para ello cronogramas a la Entidad. ¿No constituye esta manifestación de voluntad la forma perfecta de establecer un plazo o plazos concretos, razonables y "perentorios"? Como puede apreciarse, con el "ofrecimiento" del Consorcio contratista de un cronograma de cumplimiento de la "subsanción" de los vicios ocultos y la aceptación de este por parte de la Entidad se genera un plazo que resulta vinculante para ambas partes y no puede aducirse que este plazo no resulte contractual, pues justamente se desprende del contrato y, de manera más específica, del requerimiento por vicios ocultos efectuado, sobre la base del contrato, por la Entidad propietaria de la obra.

¹ CASTILLO FREYRE MARIO & SABROSO MINAYA Rita. "El Arbitraje En La Contratación Pública" PALESTRA Lima 2009 Pp. 103

Crea, personalmente, que de ese modo se estableció un plazo que debió ser cumplido por el Consorcio y también por la Entidad y que tiene sustento en las Bases y en el propio Contrato. Por tanto, soy de la opinión que la primera pretensión del Consorcio demandante debe ser declarada INFUNDADA.

2. En relación con el segundo punto controvertido, este quedó fijado del siguiente modo:

Determinar si corresponde o no declarar indebida la ejecución de la garantía técnica constituida por la Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental por la suma de S/. 1, 003,817.33 (un millón tres mil ochocientos diecisiete y 33/100 nuevos soles) y por la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 por la suma de S/. 177,144.23 emitida por el Banco Continental (ciento setenta y siete mil ciento cuarenta y cuatro con 23/100 nuevos soles), por supuesto incumplimiento en la subsanación de vicios ocultos

En vista de que, conforme a mi opinión, sí existe un plazo establecido para la subsanación de los vicios ocultos, el mismo que fue establecido por las mismas partes, específicamente por el propio Contratista a través de los cronogramas presentados ante la Entidad, la ejecución de la garantía técnica no podría ser declarada como indebida.

Cuando la Mayoría señala que no existe en el contrato de obra o las bases del proceso de selección plazo perentorio alguno para realizar las reparaciones por vicios ocultos encontrados, razón por la cual ESSALUD de manera indebida dispuso la ejecución de las garantías, hace una afirmación que no me parece razonable en la medida que, primero, nuestro ordenamiento legal sí establece la obligación del saneamiento de vicios ocultos y esta obligación no puede quedar abierta *ad eternum*, toda vez que si esto fuera así la referida obligación de saneamiento de vicios ocultos sería una simple formalidad, una disposición carente en lo absoluto de sustancia. Por tanto, el hecho de que las Bases y el Contrato no hayan establecido un plazo específico ni perentorio para realizar la subsanación de los vicios ocultos —situación que, además, es la regla general en los contratos, pues lo que se busca en ellos y en nuestro propio ordenamiento es garantizar la acción general para reclamar por esos vicios—, no puede enervar esa obligación del Contratista ni el derecho de la Entidad a que se corrijan oportunamente los vicios detectados. Es más, el hecho de que el propio Contratista (deudor de la obligación de saneamiento) haya propuesto hasta dos cronogramas que fueron aceptados por la Entidad, pone en evidencia que ambas partes entendían que era necesario relacionar esa obligación/derecho con una línea de tiempo para que se cumpliera de manera oportuna.

Por tanto, la formalidad de que no existiera previsto en el contrato ni en las Bases un plazo perentorio, no quita la razonabilidad de que las propias partes, a partir de las Bases y del Contrato que reconocen la obligación de subsanar los vicios ocultos, establezcan un plazo y que se encuentren obligados por este, pues no tiene sentido pensar en una obligación si esta puede no cumplirse nunca; esta no sería una obligación, sino una simple potestad, lo que no se da en el presente caso.

En tal sentido, soy de la opinión que corresponde declarar INFUNDADA la segunda pretensión contenida en el escrito de demanda

3. En relación con el tercer punto controvertido, este quedó fijado del siguiente modo:

Determinar si corresponde o no ordenar a los demandados, para que en forma solidaria y en vía de devolución, paguen al Consorcio Hospital Oroya la suma de S/. 1,003,817.33 (un millón tres mil ochocientos diecisiete y 33/100 nuevos soles) equivalente a la ejecución Carta Fianza N° 0011-0347-9800076832-29 emitida por el Banco Continental más la suma de S/. 177,144.23 (ciento setenta y siete mil ciento cuarenta y cuatro con 23/100 nuevos soles) equivalente a la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0384-9800127196-58 emitida por el Banco Continental, más los intereses legales que correspondan.

Conforme a los argumentos vertidos en el numeral anterior, esta pretensión debe ser declarada INFUNDADA.



DERIK LATORRE BOZA
Árbitro



SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
Secretaria General de Arbitraje
Centro de Arbitraje PUCP