

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO

En adelante La Municipalidad, La Entidad o El Demandante

Demandado:

COLARZA CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.

En adelante Colarza, el Contratista o el Demandado.

Árbitro Único:

Dr. Peter Palomino Figueroa

Secretaria Arbitral:

Dra. Claudia Elorrieta Muñiz

RESOLUCIÓN N° 15

Lima, 17 de setiembre del dos mil catorce

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 8 de noviembre de 2005, las partes suscribieron el "Contrato de Obra de Adjudicación Directa Selectiva N° 0035-2005-CE-MSI: Mantenimiento de Vías, Veredas, Bermas y Sardineles - Av. Las Camelias cdras. 1 a 8" (en adelante, El Contrato).

En la CLÁUSULA VIGÉSIMO SEXTA, se estipuló que:

"Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelto mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley y el Reglamento."

2. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

Con fecha 6 de marzo de 2013, se realizó la Instalación del Árbitro Único, siendo que en dicha oportunidad, el Árbitro se ratificó en señalar que no tiene ningún tipo de incompatibilidad con las partes y que se desenvolverá con imparcialidad, independencia y probidad en el procedimiento arbitral.

3. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE.

Se estableció que el presente arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación y, en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley (aprobada mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM), su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM) y supletoriamente por el Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante, la Ley).

Sin perjuicio de ello, también se estableció que, en caso de deficiencia o vacío existente en las reglas que anteceden, el Árbitro Único queda facultado para suplirlas a su discreción, mediante la aplicación de principios generales del derecho.

II. EL PROCESO ARBITRAL:

II.1 LA DEMANDA

Con fecha 27 de marzo de 2013, La Municipalidad presentó su escrito de demanda. En ese sentido, la demanda fue planteada en los siguientes términos:

PETITORIO

La Municipalidad formuló las siguientes pretensiones:

1. Solicita que se ordene a la empresa Colarza que cumpla con pagar a la Municipalidad, la suma de s/. 15,923.05 (Quince mil novecientos veintitrés y 05/100 Nuevos Soles) por concepto de resarcimiento por el perjuicio económico ocasionado por el cumplimiento de una obligación en forma

defectuosa, considerando este agravio como un daño emergente valorizado en dicho monto, al evidenciarse que existen vicios ocultos en la Obra materia del Contrato; así como los intereses legales y gastos arbitrales.

FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Con fecha 8 de noviembre del 2005, se suscribió con la empresa Colarza, el Contrato, con un monto contractual ascendente a la suma total de S/. 229,892.54 (Doscientos Veintinueve Mil Ochocientos Noventa y Dos con 54/100 Nuevos Soles) incluido IGV.
2. Mediante Resolución de Gerencia Municipal N° 696-2006-09-GM/MSI de fecha 26 de abril de 2006, se aprobó la Liquidación del Contrato de Obra materia del Contrato, cuya inversión asciende a la suma total de S/. 237,146.13 (Doscientos treinta y siete mil ciento cuarenta y seis con 13/100 Nuevos Soles) incluido IGV.
3. Con Informe N° 0378-2008-0400-GAJ/MSI de fecha 09 de marzo del 2008, la Gerencia de Asesoría Jurídica opina que la Gerencia de Obras y Servicios Municipales elabore un informe en el cual detalla el sustento técnico de las deficiencias que se reclaman al contratista, con la finalidad de que cumpla con subsanar las deficiencias advertidas en la obra.
4. Con el Informe N° 108-08-14.1-SOM-GOSM/MSI y el Informe N° 149-08-14.1-SOM-GOSM/MSI de fecha 04 y 25 de marzo de 2008, el Subgerente de Obras Municipales informa que la obra, otorgada para su ejecución a la empresa Colarza, se encuentra concluida con las siguientes deficiencias:
 - a. La liquidación de obra presentada por el ingeniero supervisor, no ha sido firmada con puño y letra, sino que se ha colocado un sello de su firma.

- b. No se ubicó el parche de la vereda V-2 (3.00x 1.85 m) frente a la Calle Las Camelias N° 805, es responsabilidad del supervisor de obra, revisar y verificar detalladamente el Informe Final de Liquidación, presentado por Colarza.
- c. Existe un agrietamiento en la vereda ubicada frente a la Calle Las Camelias N° 141, de $e=1$ mm y $L=1m$ causado por la carencia de las juntas de dilatación.
- d. Existe un paño defectuoso de pavimento de 5.00 x 3.77 m en la Calle Las Camelias N° 170.
- e. Todos los paños defectuosos, tanto en las veredas como en las calzadas, deben ser repuestos, considerando que aún no vence los siete años de responsabilidad del Contratista, establecida en el Art. 51° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, observando que el expediente técnico establece que “La superficie terminada del pavimento deberá tener un acabado uniforme en toda su área, no se aceptará ningún tipo, ni texturas diferentes”; asimismo, de acuerdo al artículo 43° numeral 2 del Reglamento para la ejecución de obras en las áreas de dominio público, aprobado con Ordenanza N° 203-MML “se considera reposición deficiente cuando el acabado final no haya sido ejecutado correctamente existiendo deficiencias o diferencias con respecto al tratamiento inicial, incluyendo deterioro como rayaduras o inscripciones posteriores a la ejecución de los trabajos para lo cual se debe prever las seguridades del caso”, estas exigencias técnicas son dispuestas con la finalidad de mantener la calidad arquitectónica del pavimento.

Señalando, además que estas observaciones fueron detectadas por el Órgano de Control Institucional, en fecha posterior a la resolución de la liquidación final del contrato de obra y que estas deficiencias fueron comunicadas a la Colarza, mediante los Oficios N° 406-06-20.2-SOMU-GDU/MMI de fecha 18/09/2006, N° 541-06-20.2-SOMU-GDU/MSI del 01/12/2006, N° 018-0-20.2-SOMU-GDU/MSI de fecha 09/02/2008 y el Oficio N° 022-08-20.2-SOMU-GDU/MSI del 15/02/2008.

5. Con Memorándum N° 307-2009-0200-GM/MSI de fecha 14 de octubre de 2009, la Gerencia Municipal solicita al Procurador Público, a fin de coadyuvar a la implementación de recomendación N° 4 del Memorándum de Control Interno N° 001-SOA Auditoria Financiera Operativa 2006 SOA Jara Alva Urquiza Contadores Públicos S.C. y en atención a la recomendación formulada por la Gerencia de Asesoría Jurídica expuesta a través del Informe ° 0378-2008-0400-GAJ/MSI de fecha 9 de marzo del 2008, evalúe la procedencia de dar inicio a las acciones legales destinadas a exigir a Colarza cumpla con subsanar las deficiencias advertidas en defensa de los intereses de la Municipalidad.

6. Mediante el Memorándum N° 750-2012-14.0.0-GOSM/MSI de fecha 27 de agosto del 2012 la Gerencia de Obras y Servicios Municipales a solicitud de la Procuraduría Pública Municipal, remite el Informe N° 536-2012-14.1.0-SOM-GOSM/MSI de fecha 27/08/2012 adjuntando el Informe N° 533-2012-IT/MSI de la misma fecha, elaborado por la Subgerencia de Obras Municipales como resultado de la inspección ocular realizada a la citada obra; señalando que en la Calle Las Camelias cuadra 01 existen seis paños de concreto ejecutado con la superficie de rodadura degastada, con ausencia del material aglomerante y con una profundidad de degaste de 1 pulgada en los paños centrales 3 y 4, comprendiendo el área total de estos paños 113.25 m2.

Señala además que posteriormente a la fecha del vaciado de concreto premezclado, en estos paños se ha aplicado una capa de mortero, cemento y arena gruesa cernida de 0.5 cm de espesor aproximadamente y que el mortero ha sufrido un desgaste dejando descubierto más del 50% de la superficie de la losa de concreto; asimismo, señala que el desgaste superficial no se ha determinado a la fecha y que se ha notado la presencia de material fino en áreas adyacentes a estos paños.

Asimismo, indica que la colocación de la capa selladora sobre la superficie de rodadura sólo detuvo temporalmente el proceso de desgaste de la losa de concreto; siendo el costo de reposición ascendente a s/. 15,923.05 (Quince mil novecientos veintitrés con 05/100 Nuevos Soles) incluido IGV, vigencia al mes de junio del 2012, por el área de losa de concreto a reponer de 113.25 m².

7. Según señala la Municipalidad, de lo expuesto, se deduce que Colarza deberá asumir el costo de la subsanación de las deficiencias advertidas en los paños afectados, considerando que aún no vencen los siete años de responsabilidad del contratista, equivalentes a s/. 15,923.05 (Quince Mil Novecientos Veintitrés con 05/100 Nuevos Soles) incluido IGV, con vigencia al mes de junio de 2012, por el área de la losa de concreto a reponer de 113.25 m², más los intereses legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- El Art. 51° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 083-2004-PCM.

- El Art. 50° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017.
- El Art. 1321° del Código Civil.

II.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Mediante Resolución N° 7 de fecha 22 de agosto de 2013, se deja constancia de que la parte Demandada, no presentó su escrito de contestación de demanda, a pesar de haber sido notificado con la Resolución N° 1 mediante la cual se admite y corre traslado de la demanda; sin embargo dicha omisión no debe considerarse como una aceptación de las alegaciones del demandante.

II.4 AUDIENCIA DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 12 de setiembre de 2013 a las 12:30 horas, en la sede del presente arbitraje ubicada en Jirón Huáscar 1539, Oficina 303, Jesús María, se llevó a cabo la diligencia; dejándose constancia de la inasistencia del representante de Colarza; asimismo, se determinaron los puntos controvertidos y admitieron los medios probatorios en el siguiente orden:

II.4.1 DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

El Árbitro Único procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes:

1. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare que Colarza está obligada a pagar a favor de la Municipalidad la suma de S/. 8

15,923.05, por concepto de resarcimiento por el perjuicio económico ocasionado por el cumplimiento de una obligación en forma defectuosa, considerando dicho agravio como un daño emergente al evidenciarse que existen vicios ocultos en la Obra materia del presente arbitraje; más los intereses legales que correspondan.

2. Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de las costas y costos arbitrales originados con la tramitación del presente arbitraje.

II.4.3 ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Seguidamente, el Árbitro Único procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

Se admitieron los medios probatorios documentales ofrecidos por la Municipalidad en el escrito de demanda con fecha 27 de marzo de 2013, detallados en el acápite “6.- MEDIOS PROBATORIOS”, que van del punto 1) al 12).

Por otro lado, se dejó constancia de que a pesar de ser notificado con la Resolución N° 5 de fecha 18 de junio de 2013, en la que se dispuso que se volviera a notificar por vía notarial a Colarza con las Resoluciones N° 1, 2, 3 y 4, la primera de las cuales disponía correr traslado a dicha parte del escrito de demanda presentado por la Municipalidad; la mencionada Resolución N° 1 fue nuevamente notificada notarialmente a Colarza el 2 de julio de 2013, sin que dicha parte haya ejercido su derecho de absolver el traslado conferido.

II.5 ALEGATOS, INFORME ORAL, CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 9, de fecha 27 de noviembre de 2013, se concedió a las partes un plazo de diez (10) días hábiles de notificadas a fin de que presenten sus alegatos y conclusiones finales por escrito, pudiendo solicitar Audiencia de Informe Oral.

Con fecha 18 de diciembre de 2013, la Municipalidad cumplió con presentar su escrito de alegatos.

Mediante Resolución N° 10 de fecha 12 de enero de 2014, se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día martes 11 de marzo de 2014 a las 12:30 p.m, en la sede del presente arbitraje.

En la fecha y hora pactadas se llevó a cabo dicha diligencia, dejándose constancia de la inasistencia del representante de Colarza.

Habiéndose declarado cerrada la etapa probatoria mediante Resolución N° 13, de fecha 17 de junio de 2014, se estableció el plazo para laudar en 30 días hábiles, prorrogables por 30 días hábiles adicionales.

Mediante Resolución N° 14, se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales.

CONSIDERANDO

I. CUESTIONES PRELIMINARES:

1. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) Que el Árbitro Único ha sido designado conforme a ley; (ii) que en ningún momento se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que ambas partes tuvieron la oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa; (iv) 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 Árbitro Único; (v) Que de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Árbitro Único, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación; y, (vi) que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje, para determinar, sobre la base de 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 arbitraje. 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.

3. 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 utilizados para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que los 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

4. Efectuadas estas precisiones a continuación se procederá al análisis de las pretensiones recogidas en los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.
5. El Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los

¹ TARAMONA H., José Rubén. *Medios Probatorios en el Proceso Civil*. Lima: Rodhas, 1994. p. 35.

medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

II. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare que Colarza está obligada a pagar a favor de la Municipalidad la suma de s/. 15,923.05, por concepto de resarcimiento por el perjuicio económico ocasionado por el cumplimiento de una obligación en forma defectuosa, considerando dicho agravio como un daño emergente al evidenciarse que existen vicios ocultos en la Obra materia del presente arbitraje; más los intereses legales que correspondan.

1. Con relación a este punto, lo que está requiriendo la Municipalidad es que Colarza le pague el daño emergente que, según señala, le han generado los vicios ocultos que se han evidenciado en la obra materia del presente arbitraje.
2. Al respecto, en el artículo 51° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (aprobada mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM), en adelante, Ley de Contrataciones, aplicable al presente proceso, se establece que:

“El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles o que por su naturaleza no puedan adecuarse a este plazo.

En el caso de obras el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete años”.

3. Con relación a ello, el primer punto a analizar es si el plazo de siete (7) años para atribuir a Colarza responsabilidad por los vicios ocultos alegados por la Municipalidad no ha vencido.
4. Al respecto, tenemos que, en el artículo 33º de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje) se establece que:

“Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje”.

5. Según se observa del Acta de Recepción de Obra de fecha 30 de enero de 2006, se realizó la recepción de la obra, señalando que luego de la verificación de los trabajos encomendados y ejecutados, se constató que éstos habían sido efectuados de conformidad con las Bases Administrativas, el Expediente Técnico, el Contrato de Ejecución; y de acuerdo a los planos, especificaciones técnicas y el cuaderno de obra, salvo vicios ocultos.

6. En ese sentido, la conformidad otorgada por la Entidad fue efectuada con fecha 30 de enero de 2006; con lo cual, los 7 años para poder requerir un saneamiento por los vicios ocultos vencía el 30 de enero de 2013.
7. Conforme se puede observar de los antecedentes del expediente, con fecha 26 de octubre de 2012, la Municipalidad solicitó a Colarza el inicio del arbitraje; con lo cual, la Municipalidad se encontraba dentro del plazo para solicitar un saneamiento por vicios ocultos, por lo que corresponde continuar con el análisis de la materia controvertida.
8. Como segundo punto, el Árbitro Único considera pertinente analizar si es posible o no calificar como vicios ocultos los defectos señalados por la Municipalidad a los que hace referencia en su escrito de demanda.
9. Al respecto, en el artículo 270° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante, el Reglamento), aplicable al presente caso, se establece que:

“Luego de haber quedado aprobada o consentida la liquidación culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

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

10. A fin de definir los vicios ocultos, Manuel de la Puente y Lavalle² señala que:

“(Los vicios ocultos) se presentan cuando el bien cuya propiedad, posesión o uso se transfiere tiene defectos, o imperfecciones, que no se revelan por su examen y que afectan su utilización por el adquiriente”.

11. Asimismo, el mencionado autor señala que “la doctrina más generalizada considera que para que el vicio de un bien determine la obligación de saneamiento se requiere que el vicio sea: a) oculto; b) importante; c) anterior o contemporáneo a la transferencia”³.

12. En relación con el requisito de ser “oculto”, Manuel de la Puente y Lavalle señala que:

“El adquiriente considera, en términos generales, que el bien que adquiere es tal como se presenta a sus sentidos. En las transacciones de la vida diaria, el interés de los contratantes es motivado por lo que pueden percibir, de tal manera que la contratación descansa, cuando se trata de la adquisición de bienes, en el beneficio que la utilización del bien puede proporcionar a los ojos del adquiriente. La buena fe que debe presidir todo el ámbito del contrato determina que haya que tener cierta confianza en que lo que aparece ser lo es en realidad.

² De la Puente y Lavalle, Manuel. El Contrato en General. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2007. Pg. 528.

Suele ocurrir, sin embargo, que el bien tenga en el momento de la transferencia determinado vicio que el adquiriente no pudo percibir, lo que dará lugar a que cuando el vicio se manifieste con posterioridad a ese momento y determine que el bien no pueda ser destinado a la finalidad de su adquisición, el adquiriente vea frustradas las expectativas que tenía puestas al celebrar el contrato.

*La institución del saneamiento por vicios ocultos encuentra su fundamento en el derecho que tiene el adquiriente de que se reparen los perjuicios que sufra por esa frustración de la finalidad*⁴.

13. En relación con el requisito de "importante", señala el mencionado autor que:

*"No todos los vicios ocultos del bien dan lugar a la responsabilidad del transferente por saneamiento. Para ello es necesario que el vicio sea importante o, como dice un sector de la doctrina, grave. Raros son los bienes perfectos, que no adolecen de algún defecto, por pequeño que sea, de tal manera que si se aplicara estrictamente el criterio de la existencia del vicio oculto, sin ningún paliativo, serían también raros los casos en que no hubiera lugar a la responsabilidad por saneamiento. Por ello, existe un parecer generalizado en el sentido que el vicio oculto, para dar lugar a cualquiera de las acciones que franquea la ley para hacer efectivo el saneamiento, debe tener cierta entidad."*⁵

⁴ Ibíd. Pg. 535-536.

⁵ Ibíd. Pg. 536.

14. Finalmente, con relación al requisito de ser “preexistente” se señala que:

*“Para que pueda surgir la responsabilidad del transferente por razón de saneamiento se requiere que el vicio oculto exista desde antes de la transferencia o sea concomitante con ella. Puede tratarse de la existencia plena del vicio o simplemente de un germen existente antes y susceptible de manifestarse después. Si el vicio surge después de la transferencia, afecta a algo que ya pertenece al adquiriente y en lo cual no tiene injerencia alguna el transferente”.*⁶

15. De otro lado, en el artículo 1504° del Código Civil se señala que:

“No se consideran vicios ocultos los que el adquiriente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias”.

16. Al respecto, el mencionado autor señala que:

*“(...) en cuanto a la aptitud personal del adquiriente, es indudable que ella depende mucho de su oficio o profesión, pues generalmente la aptitud es el fruto del ejercicio de estos. Ello resulta más evidente si se toma en consideración que el artículo 2170 del Código Civil argentino dispone que el enajenante está libre de responsabilidad de los vicios redhibitorios, si el adquiriente los conocía o debía conocerlos por su profesión y oficio”.*⁷

⁶Ibid. Pg. 538.

⁷Ibid. Pg. 546..

17. De igual manera, sobre la prueba de los vicios ocultos, el mismo autor señala que:

"La regla procesal es que quien alega un hecho debe probarlo, por lo cual, en principio, debía corresponder al adquiriente acreditar que el vicio es oculto, importante y preexistente a la transferencia".

18. Asimismo, el ya citado autor menciona que:

"Personalmente pienso que la carga de la prueba debe distribuirse entre el transferente y el adquiriente, según se trate de lo que hay que probar. Por ello (...) entiendo que dado que el adquiriente es quien acciona para obtener del transferente el saneamiento, corresponde a aquél probar todo aquello que da lugar a la obligación de saneamiento, o sea:

- a) *La existencia del vicio mismo, esto es, que el bien adolece de un defecto.*
- b) *Que el defecto determina que el bien sea totalmente inepto para la finalidad para la que lo adquirió.*
- c) *Si la finalidad no fuera la normal, sino una especial, deberá acreditar que el transferente tenía conocimiento de esa finalidad.*
- d) *Que el vicio era anterior a la transferencia.*
- e) *La eventual mala fe del transferente.*

Por el contrario, corresponderá al transferente acreditar, en caso que los invoque, los siguientes hechos:

- a) *Que el adquiriente conocía los vicios del bien, antes o contemporáneamente a la transferencia del mismo.*
- b) *Si el adquiriente no los conocía efectivamente, que pudo conocerlos empleando una diligencia adecuada, teniendo en consideración sus cualidades personales.*
- c) *En caso de haber afirmado que el bien tenía determinadas cualidades, que efectivamente las tenía al momento de la transferencia.*
- d) *Que, si se hubiera convenido la reducción o supresión de la obligación de saneamiento, así ha efectivamente ocurrido".*

19. Teniendo en cuenta tanto las normas como la doctrina citadas precedentemente, el Árbitro Único considera pertinente analizar en primer término si efectivamente nos hallamos ante vicios ocultos.

20. Al respecto, de un análisis del primer requisito, que es que el vicio o defecto sea efectivamente oculto, es decir, que el adquiriente no haya podido conocerlo o percibirlo al momento de la recepción de la obra, se considera pertinente analizar cada una de las deficiencias a las que se hace referencia en los Informes N° 108-08-14.1-SOM-GOSM/MSI y 149-08-14.1-SOM-GOSM/MSI de fechas 4 y 25 de marzo de 2008, dentro de las cuales también se encuentran los defectos a los que se hace referencia en el Oficio N° 406-06-20.2-SOMU-GDU/MSI de fecha 18 de setiembre de 2006.

- “La liquidación de obra presentada por el ingeniero supervisor, no ha sido firmada con puño y letra, sino que se ha colocado un sello de su firma”: Al respecto, no se puede señalar que éste haya sido un vicio oculto pues al ser un sello, éste podía haberse apreciado de manera inmediata por cualquier persona sin necesidad incluso de tener un conocimiento especializado; asimismo, el hecho de si existía no una firma del Ingeniero Supervisor no puede entenderse como un vicio oculto de la obra pues no es parte de ella.
- “No se ubicó el parche de la vereda V-2 (3.00 x 1.85 m) frente a la calle Las Camelias N° 805, es responsabilidad del supervisor de obra, revisar y verificar detalladamente el Informe Final de Liquidación, presentado por el empresa contratista”: De igual manera en este caso, con una revisión diligente por parte de la Comisión de recepción de la obra, el hecho de que se encontrase o no el parche señalado hubiera podido ser notado; sin embargo, en el Acta de Recepción de Obra de fecha 30 de enero de 2006, se señala que se procedió a la verificación de los trabajos encomendados y ejecutados, constatándose que han sido efectuados de conformidad con las Bases Administrativas, el Expediente Técnico, el Contrato de Ejecución; y, de acuerdo a los planos, especificaciones técnicas y el cuaderno de obra, salvo vicios ocultos, y por ello se procedió a su recepción; es decir, ya se habían levantado las observaciones planteadas en el acta de observaciones de obra de fecha 19 de enero de 2006. Por ello, no puede señalarse que este punto constituya un vicio oculto ya que pudo haber sido detectado de la revisión de la obra antes de su recepción conforme.

- “Existe un agrietamiento en la vereda ubicada frente a la Calle Las Camelias N° 141 de $e=1\text{mm}$ y $L=1\text{M}$, causado por la carencia de juntas de dilatación”: Con relación a ello, se ha señalado en el acta de recepción y conformidad de la obra que todo había sido efectuado conforme con las especificaciones técnicas correspondientes; asimismo, las juntas de dilatación o la carencia de éstas definitivamente pudieron haber sido observadas al momento de la recepción de la obra pues éstas no se encuentran ocultas en la estructura, sino que son fácilmente reconocibles, y las personas especialistas que participaron en la recepción de la obra debieron haber notado, de acuerdo a sus aptitudes personales de conocimiento especializado por el que se encargaban de recepcionar la obra, la falta de dichas juntas de dilatación o que la falta de éstas podría generar agrietamientos en la vereda. Sin embargo, ello no fue así, y se recepcionó la obra sin que se haya planteado esa observación.
- “Existe un paño defectuoso de pavimento de $5:00 \times 3.77 \text{ m.}$ en la Calle Las Camelias N° 170”, asimismo, se señala que “todos los paños defectuosos, tanto en las veredas como en las calzadas deben ser repuestos”: Con relación a ello, en el Informe N° 103-2012-IT/MSI de fecha 27 de agosto de 2012, se señala que mediante D.S. N° 060297318 de fecha 7 de marzo de 2008, el ingeniero Pedro Esquivel Pizarro, Supervisor de la Obra, comunica a la entidad que la obra en mención fue recepcionada y liquidada a satisfacción de la entidad contratante. Asimismo, señala que respecto del paño defectuoso en la calzada, ello fue observado por el Comité de

Recepción de obra en su oportunidad y fue subsanado por el Contratista y que dicho defecto era meramente de carácter estético en el acabado superficial de tipo rugoso.

Asimismo, en el mencionado Informe N° 103-2012-IT/MSI, se señala que al realizar la inspección de las losas de concreto en la Calle Las Camelias cuadra 1, se ha encontrado que existen seis (6) paños de concreto con la superficie de rodadura desgastada y que una de las posibles causas del desgaste prematuro de la superficie de concreto pudo haberse debido a las demoras en la colocación de la mezcla de asfalto, pues los concretos colocados tardíamente tienen una mayor tendencia al agrietamiento plástico por la cercanía al inicio del proceso de fraguado y que la colocación de capa selladora sobre la superficie de rodadura sólo detuvo temporalmente el proceso de desgaste de la losa de concreto, por lo que era recomendable reemplazar las losas en su totalidad.

Al respecto, es importante señalar que en dicho informe sólo se ha señalado que una de las posibles causas del desgaste de la superficie de concreto podría haber sido la demora en la colocación de la mezcla de asfalto, pero no ha señalado cuáles podrían haber sido otras causas, siendo que una de las causas podría haberse debido al uso continuo de dicha calzada u otros motivos; es decir, no se ha llegado a probar que el defecto en dichos paños se deba a algún vicio oculto específico.

Asimismo, en el artículo 268º del Reglamento de Contrataciones se establece que:

"En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos".

Es decir, de acuerdo a lo establecido en el mencionado artículo, se debían haber efectuado las pruebas de resultaran necesarias para determinar si la superficie se encontraba correcta; los profesionales encargados de la recepción de la obra estaban en la obligación de realizar dichas pruebas y de haberlas realizado, de acuerdo a su aptitud profesional podrían haber observado este defecto; más aún si como se señala en el Informe esos defectos se encontraban en la superficie de las losas y como señala el supervisor de la obra el defecto era de carácter estético, por lo tanto se hallaba en la superficie.

Finalmente, cabe señalar que la Municipalidad no ha probado, ya sea con un informe técnico, con una pericia u otro medio probatorio, que el mencionado defecto en las losas haya sido efectivamente causado por un vicio oculto o un defecto en la fabricación de las losas que hubiera conllevado a que la superficie se agrietara; es decir, no se ha generado convicción en el Árbitro Único de que el

defecto alegado haya sido causado por un vicio oculto ni ha señalado con claridad de qué vicio oculto se trataba, tampoco ha probado que dicho defecto haya existido antes de la recepción conforme del bien.

21. En ese sentido, de un análisis de los defectos alegados como vicios ocultos por parte de la Municipalidad se llega a la conclusión de que éstos no cumplen con los requisitos de ser efectivamente ocultos y no se ha cumplido con probar que dichos vicios no hubieran podido ser conocidos al momento de recepcionar la obra de acuerdo a las aptitudes profesionales de las personas que la recepcionaron; y, asimismo, no se ha cumplido tampoco con demostrar que esos defectos fueron causados por vicios ocultos y que esos vicios eran anteriores a la transferencia o que hubiera existido mala fe por parte del Contratista.
22. Cabe señalar asimismo, que en la pretensión analizada, se requiere el pago del daño emergente valorizado en S/. 15,923.05 por concepto de resarcimiento por los vicios ocultos antes mencionados, más los intereses.
23. Con relación a ello, se considera pertinente señalar que para que pueda concederse una indemnización por daños y perjuicios, éstos deben estar debidamente probados con documentación sustentatoria que permita al Árbitro Único determinar hasta qué punto se ha afectado o no a la Municipalidad.
24. Al respecto, de un análisis de los documentos presentados, se encuentra el Anexo 1 del Informe N° 103-2012-IT/MSI de fecha 27 de agosto de 2012, ya

antes mencionado, mediante el que se presenta un presupuesto para la reposición de seis paños de concreto en calzada en la cuadra 1 de la Calle Las Camelias en el que se señala que los porcentajes tomados para los gastos generales y utilidad son iguales a los del presupuesto referencial del expediente.

25. Asimismo, en el mencionado informe se señala que la Municipalidad venía ejecutando en la fecha de emisión del informe la Obra LP N° 005-2012-CE/MSI en la que se tenía considerados el cambio de los paños 1, 3, 4 y 5.
26. Al respecto, el Árbitro Único considera pertinente señalar que aparte de que no se ha demostrado que los defectos alegados por la Entidad constituyan efectivamente vicios ocultos, la presentación del mencionado Anexo N° 01 no le genera la convicción de que el costo que le ha generado a la Municipalidad el arreglo o reposición de los paños de concreto señalados como defectuosos haya sido efectivamente efectuado; cosa distinta sería si se hubieran presentado medios probatorios tales como el mencionado contrato N° 005-2012-CE/MSI o los gastos efectivamente incurridos en dicho contrato por el reemplazo de los paños señalados como defectuosos, como los pagos realizados, entre otros.
27. En ese sentido, atendiendo a las consideraciones señaladas precedentemente, el Árbitro Único considera pertinente declarar infundado el primer punto controvertido de la demanda.
28. Cabe señalar que al haberse declarado infundado este punto controvertido, corresponde declarar infundado el pedido de pago de intereses por el monto solicitado.

III. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de las costas y costos arbitrales originados con la tramitación del presente arbitraje.

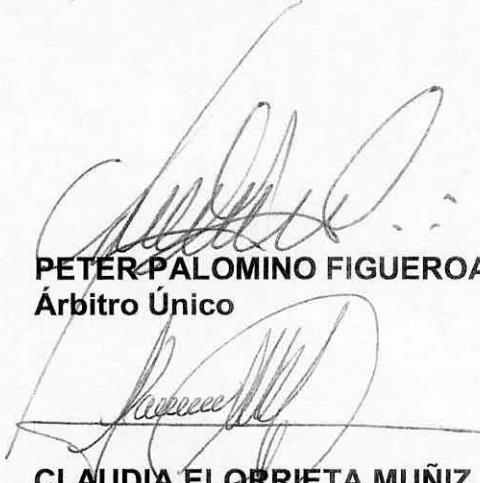
1. Finalmente, correspondiendo un pronunciamiento sobre las costas y costos del proceso, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo, así como lo previsto en el numeral 1) del artículo 73° de la Ley de Arbitraje pero, al mismo tiempo, la Municipalidad tenía motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre las partes, que —precisamente— motivó el presente arbitraje, habida cuenta que ambas partes debían defender sus pretensiones en vía arbitral, se estima razonable:
 - (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
 - (ii) Que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos de la Secretaría Arbitral) sean asumidos por cada parte, por lo que, habiendo pagado la parte demandante el íntegro de los montos establecidos en el presente arbitraje fijados en el Acta de Instalación del Árbitro Único, corresponde que Colarza cumpla con devolver a la Municipalidad los montos que esta última parte pagó y que se encontraban inicialmente a cargo de Colarza.

FALLO

El Árbitro Único en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas, en Derecho, resuelve:

Primero: DECLARAR INFUNDADA la pretensión de pago de S/. 15,923.05 más intereses por parte de Colarza Contratistas Generales S.R.L. a la Municipalidad Distrital de San Isidro por concepto de daño emergente por vicios ocultos en el "Contrato de Obra de Adjudicación Directa Selectiva N° 0035-2005-CE-MSI: Mantenimiento de Vías, Veredas, Bermas y Sardineles- Av. Las Camelias cdras. 1 a 8".

Segundo: DISPONER que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y que los gastos comunes (honorarios del Árbitro Único y los gastos de la Secretaría Arbitral) sean asumidos por cada parte; por lo que, habiendo pagado la parte demandante el íntegro de los montos establecidos en el presente arbitraje fijados tanto en el Acta de Instalación, corresponde que Colarza Contratistas Generales S.R.L. cumpla con devolver a la Municipalidad Distrital de San Isidro los montos que esta última parte pagó y que se encontraban inicialmente a cargo de la parte demandada.



PETER PALOMINO FIGUEROA
Árbitro Único



CLAUDIA ELORRIETA MUÑIZ
Secretaria Arbitral Ad Hoc