

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Expediente N° I 253-2013-OSCE

DEMANDANTE:

SERVICIO DE PARQUES DE LIMA - SERPAR
En adelante SERPAR, o la ENTIDAD, o el DEMANDANTE.

DEMANDADO:

SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.
En adelante el SAN CARLOS, o el CONTRATISTA, o la DEMANDADA.

TRIBUNAL ARBITRAL:

Vicente Tincopa Torres (Presidente del Tribunal Arbitral)
Alejandro Acosta Alejos
Mario Manuel Silva López

Secretario Arbitral:

Martín Gómez Aguilar

RESOLUCIÓN N° 22

Lima, 11 de febrero del 2016

VISTOS:

I. ANTECEDENTES:

1.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 19 de julio del 2013, en la sede institucional del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, ubicado en el Edificio el Regidor N° 108, Residencial San Felipe, Distrito de Jesús María, provincia y

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

departamento de Lima, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral constituido por los señores árbitros, Dr. Vicente Tincopa Torres, Dr. Alejandro Acosta Alejos y Dr. Mario Manuel Silva López.

En dicha audiencia el Tribunal Arbitral, volvió a ratificar su aceptación al cargo, señalando que no se encontraban sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que le obligara a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes, los que las representan y los que le asisten como abogados.

1.2 DE LA DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD

La ENTIDAD dentro del plazo concedido por el Tribunal Arbitral, en el numeral 23 del Acta de Instalación de fecha 19 de julio del 2013, presentó su demanda mediante escrito N° 01 del 09 de agosto del 2013, el cual ingresó en la misma fecha ante la secretaría del Tribunal Arbitral

Mediante Resolución N° 02 de fecha 22 de agosto del 2013, el Tribunal Arbitral admitió la demanda arbitral y corrió traslado de la misma a EL CONTRATISTA, para que la conteste o de considerarlo conveniente formule reconvencción, para lo cual concedió a éste último un plazo de quince (15) días hábiles.

1.3 DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCION PRESENTADA POR EL CONTRATISTA

Con Resolución N° 04, de fecha 10 de octubre del 2013, se hizo de conocimiento de la ENTIDAD el error incurrido por el CONTRATISTA al presentar con fecha 20 de setiembre de 2013 ante la OSCE, su escrito de

03

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

contestación de demanda de fecha 19 de setiembre del 2013, por lo que previo a la calificación de la misma se solicitó saber la posición de la ENTIDAD frente al hecho ocurrido. Absolviendo dicho traslado LA ENTIDAD solicitó que se tenga por no presentada la demanda, por lo que mediante Resolución N° 05 de fecha 18 de octubre del 2013, el Tribunal Arbitral analizó los hechos ocurridos ADMITE a trámite el escrito que contenía la contestación de demanda, reconvención y excepción de caducidad deducida, por lo que se cumple con correr traslado de la misma a la ENTIDAD.

1.4 DE LA EXCEPCIÓN FORMULADA POR EL CONTRATISTA

Mediante escrito de fecha 19 de setiembre del 2013, el CONTRATISTA objeta el arbitraje deduciendo lo siguiente:

- a) Excepción de Caducidad del derecho del demandante a reclamar derecho alguno en la sede arbitral.

Mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 2013, LA ENTIDAD sostiene que la excepción de caducidad debe declararse infundada.

Estando las posiciones de la parte respecto a la excepción de caducidad deducida, el Tribunal Arbitral dejó constancia en el Acta de Conciliación y Puntos Controvertidos de fecha 07 de abril de 2014, que de acuerdo a lo establecido en el numeral 28 del Acta de Instalación, se reservaba el derecho de resolver la misma al momento que corresponda laudar.

1.5 DE LA CONTESTACION A LA RECONVENCIÓN A LA DEMANDA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA



*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

EL CONTRATISTA presenta su contestación de demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, asimismo plantea una reconvención, la misma que con Resolución N° 05, de fecha 18 de octubre del 2013, fuera admitida por el Tribunal Arbitral; teniéndose por contestada la demanda arbitral, y corriéndose traslado de la reconvención a LA ENTIDAD.

La ENTIDAD mediante su escrito de fecha 18 de noviembre del 2013 formula contestación a la reconvención de EL CONTRATISTA y solicita que se declare infundada la misma.

II. DEL ARBITRAJE

2.1 AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante Resolución N 09, de fecha 20 de marzo del 2014, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día 07 de abril de 2014, a las 4:00 pm, horas, la cual se llevó a cabo en la sede del arbitraje, en la fecha y hora programada con la asistencia de ambas partes.

2.1.1 CONCILIACIÓN

El Tribunal Arbitral invitó a las partes a llegar un acuerdo conciliatorio que ponga fin a la controversia existente entre ellas, sin embargo, las partes indicaron que a ese momento no les resultaba posible solucionar la controversia vía conciliación, sin perjuicio de ello se dejó abierta la posibilidad de promoverlo en cualquier etapa del proceso.

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

2.1.2 FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Tribunal Arbitral dejó establecido que se reserva el derecho a analizar los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que estaban señalados en el acta. Asimismo, estableció que, si el pronunciamiento de un punto controvertido determinaba que careciera de objeto la resolución de algún otro, con el que guarde vinculación, tendría la potestad de omitir pronunciarse respecto de este último, expresando las razones de dicha omisión.

Ambas partes manifestaron su conformidad con los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral, los cuales quedaron establecidos en los términos siguientes:

De la parte DEMANDANTE

1. Determinar que la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. es responsable por los vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos generados en la ejecución del contrato de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).
2. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. que abone la suma de S/ 517.637.57 (Quinientos diecisiete mil seiscientos treinta y dos y 57/100 Nuevos soles) a favor del Servicios de Parques de Lima –SERPAR, por concepto de reparación de vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos, generados en la ejecución del contrato de obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-

4

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

LIMA/MML "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).

3. Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. pague los intereses legales del monto reclamado desde la fecha de los vicios ocultos hasta la fecha del laudo.
4. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. el pago de las costas y costos que se determine en el presente proceso.

De la parte DEMANDADA

1. Determinar si en la ejecución del Contrato de Obra de Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML existe o no responsabilidad por vicios ocultos o defectos constructivos por parte de la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL.
2. Determinar si la pretensión accesoria, contenida en la demanda por la suma de S/ 517,632.57 correspondiente al presupuesto base para la reconstrucción de la fuente de soda del parque Huiracocha, corresponde o no directamente a la responsabilidad contractual de la empresa San Carlos Contratistas General SRL, para su determinación y posterior solicitud de reparación.
3. Determinar si a la fecha de la interposición de la demanda arbitral, el derecho de Servicio de Parques de Lima –SERPAR, había caducado legalmente, por no seguirse el procedimiento especial señalado en el artículo 1784 del Código Civil, procedimiento que no regula la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que no cabe

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

llevar adelante o seguirse ningún trámite en sede arbitral y en ninguna instancia judicial ni administrativa.

4. Determinar de acuerdo a las obligaciones contractuales, quien debió haber realizado el expediente técnico de la obra, diseño del proyecto, análisis estructural, estudio de mecánica de suelos de la obra Fuente de Soda del parque Huiracocha.
5. Determinar cuál era la obligación esencial o punto de partida de la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL dentro del Contrato de ejecución de obra denominada Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML.

2.1.3 ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Conforme a lo establecido en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral procedió a admitirlos medios probatorios ofrecidos por las partes:

a) De la ENTIDAD

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por La ENTIDAD en su escrito de demanda, presentado en fecha 09 de agosto de 2013, identificado en el punto IV de la demanda, Medios Probatorios y signados en los numerales 4.1 al 4.10.

b) Del CONTRATISTA

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por El CONTRATISTA en su escrito de contestación de demanda y reconvención, identificado en el punto 3.1 Medios Probatorios y signados como anexos 3.11 al 3.1.4.

En dicha audiencia, el Tribunal se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que

✓

Dr. Vicente Tincopa Torres.

Dr. Alejandro Acosta Alejos.

Dr. Mario M. Silva López.

considere conveniente; de acuerdo a lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.

Mediante Resolución N° 12, de fecha 07 de julio de 2014, se dispuso la actuación de una pericia de Oficio, no obstante, los constantes requerimientos a las partes, mediante Resolución N° 19, de fecha 20 de noviembre de 2015, el Tribunal Arbitral dispuso dejar sin efecto la pericia ordenada, al amparo de lo dispuesto en el inciso c) del artículo 46° del DL 1071 – Ley que regula el arbitraje y ordenó continuar el proceso arbitral de acuerdo a su trámite regular.

2.2 CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN, ALEGATOS, INFORME ORAL Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 19, de fecha 20 de noviembre de 2015, se dio por concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presente sus alegatos, citando a Audiencia de Informe Orales, para el día 10 de diciembre del 2015.

En la fecha y hora programada, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con presencia de ambas partes, donde cada una de ellas expuso lo conveniente a su derecho.

En la referida audiencia el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 20, en la cual concede de forma excepcional cinco (5) a la parte para que presente sus conclusiones de informes orales, estableciendo que concluido dicho plazo, se entenderá como expedito el proceso para laudar y se fija en treinta (30) días hábiles para laudar, los mismo que pueden ser prorrogables en otros treinta (30) días hábiles de forma adicional.

1

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

Mediante Resolución N° 21, de fecha 25 de enero de 2016, entre otras cosas optó por precisar la fecha en que se empezó a computar el primer plazo para laudar, así como también precisó la fecha en que se empezaría a computar el plazo prorrogable para laudar.

III CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1 CUESTIONES PRELIMINARES

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 ningún momento se recusó a los miembros del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, el Servicio de Parques de Lima – SERPAR presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL, fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda y formuló su reconvención dentro de los plazos establecidos.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos, así como el de solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Tribunal Arbitral, además de brindarle la oportunidad a que presente sus conclusiones a sus informes orales.
- (vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

4

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

3.2 MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 07 de abril de 2014, en el presente caso, corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

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

4

Dr. Vicente Tincopa Torres.

Dr. Alejandro Acosta Alejos.

Dr. Mario M. Silva López.

refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó”

El Tribunal Arbitral 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 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 Tribunal Arbitral 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 Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

3.2.1 EXCEPCION DE CADUCIDAD

Que de conformidad a lo establecido en el Acta de Conciliación y Puntos Controvertidos de fecha 07 de abril de 2014, el Tribunal Arbitral, estableció que de acuerdo a lo señalado en el numeral 28 del Acta de Instalación, se

¹TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

4

Dr. Vicente Tincopa Torres.

Dr. Alejandro Acosta Alejos.

Dr. Mario M. Silva López.

reservaba el derecho de resolver la misma al momento que corresponda laudar. En tal sentido corresponde determinar si en el presente caso, el derecho del DEMANDANTE de solicitar el arbitraje en relación a la controversia surgida en torno a la Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML, "Construcción de las Obras Complementarias de Agua, Desagüe y Electrificación" (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha), ha caducado o no.

El CONTRATISTA, cuestiona la competencia de este colegiado de conocer el presente arbitraje, y siendo precisamente que dicha objeción aún no ha sido resuelta, corresponde que sea resuelta como parte del presente laudo arbitral. El Tribunal Arbitral se pronuncie sobre dicho cuestionamiento a efectos de determinar su competencia o no frente al presente proceso.

POSICION DEL CONTRATISTA:

Manifiesta que el Servicio de Parques de Lima-SERPAR, con Carta Notarial de fecha 21 de setiembre de 2011, tramitada a través de la notaría Carpio Vélez, (Kardex N° 81247), puso de conocimiento que se habían presentado rajaduras en el piso de la fuente de soda del Parque Zonal Huiracocha, solicitando para ello que se subsanen la deficiencia de la construcción por vicios ocultos.

Que a través de la Carta Notarial N° 97273, de fecha 10 de abril del 2013, la misma que en su tercer párrafo hacen alusión a la carta notarial de fecha 22 de setiembre del 2011, con lo cual es evidente que se encuentran ligadas entre sí, y que pretendería desconocer como la primera carta de su requerimiento.

Handwritten mark resembling a stylized 'A' or 'H'.

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

El procedimiento caducó por la negligencia de SERPAR que no siguió el trámite señalado en el artículo 1784° del Código Civil, que le hubiera permitido reclamar válidamente los vicios ocultos.

Que si bien la Ley de Contrataciones del Estado, tiene una norma expresa sobre el plazo de caducidad del postor de vicios ocultos de siete (7) años, contados a partir de la conformidad de obra, dicha normatividad no tiene un procedimiento para hacer efectivo este reclamo. No regula cual es procedimiento y/o trámite por el cual se hará efectivo este reclamo al postor, lo que si regula el Código Civil en su artículo 1784°.

Asimismo agrega que la Municipalidad de Lima, en el Informe N° 033-2012-2-0434 del año 2012, realizada por la Oficina General de Control Institucional, sobre el "examen especial a la ejecución del proyecto de mejoramiento del Parque Zonal Huiracocha, en el Distrito de San Juan de Lurigancho", "Evaluación de la gestión administrativa, técnica, y legal del proyecto mejoramiento del parque zonal Huiracocha", periodo 01 de enero de 2009 al 31 de diciembre del 2011, ha consignado como primera conclusión que la omisión o falta de diligencia de SERPAR-LIMA, en el inicio de las acciones legales para exigir a contratistas la reparación de las deficiencias constructivas presentadas en las obras en el parque zonal Huiracocha ha ocasionado que se produzcan la caducidad de la acción y el derecho para reclamar la reparación de las deficiencias constrictivas según el artículo 1784° del Código Civil.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Precisa que el antiguo reglamento de contrataciones del estado, de hace diez años – RULCOP - no establecía el procedimiento ni plazos especiales de

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

caducidad, en el caso de vicios ocultos, tan es así que la demanda por responsabilidad de vicios ocultos se interponía ante el poder judicial y siguiendo los plazos establecidos en el código sustantivo, como es el caso del artículo 1784° del Código Civil.

El Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y sus respectivas modificaciones, establecen el procedimiento arbitral para resolver las controversias incluidas la de vicios ocultos, tan es así que el artículo 177° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, indica que toda controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante procedimiento arbitral dentro de los plazos de caducidad establecidos en el artículo 50° y 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Cita la opinión N° 003-2013/DTN, emitida por la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, la que indica en forma taxativa en sus conclusiones lo siguiente: “En tanto la normativa de Contrataciones del Estado regula el plazo mínimo e responsabilidad por vicios ocultos de un proyectista, no es posible la aplicación supletoria del Código Civil.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DEDUCIDA

En primer orden es de establecer que si la materia en controversia resulta arbitrable, considerando la normativa vigente en su tiempo y en espacio durante la suscripción del contrato, resaltando que Servicio de Parque de Lima - SERPAR, y la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L.,

15

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

suscribieron en fecha 24 de noviembre del 2010, el Contrato de Ejecución de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML para ejecutar la Obra "OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha), cuya recepción de obra se produjo en fecha 22 de diciembre de 2010.

En consecuencia la norma aplicable es el Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que en su artículo 52°, establecía que: "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50° de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

Por su parte el artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado señala: "El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad. El Contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra según corresponda.



*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

Las bases deberán establecer el plazo máximo de responsabilidad del contratista.

En consecuencia, éste Tribunal Arbitral encuentra que la norma de Contrataciones del Estado ampara y regula las materias de responsabilidad por vicios ocultos. Sin embargo, es menester de este Tribunal analizar si la entidad ha cumplido con exigir dicha responsabilidad dentro del plazo concedido por ley o si dicho plazo ha caducado.

El contrato conforme se encuentra acreditado en autos, se suscribió en fecha 24 de noviembre del 2010 - Contrato de Ejecución de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML para ejecutar la Obra "OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha) entre Servicios de Parque de Lima - SERPAR, y la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L.

La recepción de la obra se produjo en fecha 22 de diciembre de 2010, por lo que la responsabilidad que correspondería al contratista conforme lo prescrito en la norma – esto es - siete (7) años, vence de manera indefectible en fecha 22 de diciembre de 2017.

Sin embargo, la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento al referirse a la aplicación del plazo de caducidad, conforme ya se ha ido precisando el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado en los procedimientos de solución de controversias deberán iniciarse dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada, siendo este plazo de caducidad. Complementando esto mismo el artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del

16

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

Estado que señala: que cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.

En consecuencia, éste Tribunal Arbitral estima necesario establecer que tanto la Ley, así como el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado han dispuesto un plazo de caducidad, de quince (15) días hábiles, para iniciar las acciones de arbitraje.

Precisado el plazo que prevé la Ley y Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es menester de este Tribunal Arbitral definir lo que se entiende por Caducidad.

Juan Monroy Gálvez, define a la caducidad como aquella institución del derecho material referida a los actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Asimismo, agrega que se caracteriza porque se extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. En ese sentido, si se ha impuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho caducado, entonces la pretensión no tiene fundamento jurídico, por lo que ya no puede ser amparada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el Código Civil le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial.²

La caducidad es una institución que busca mantener la seguridad jurídica, velando por el interés colectivo, y porque los intereses individuales no

² Monroy Gálvez, Juan. El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad. En: Themis N° 10. Lima. PP. 24-28.

17
/

18

Dr. Vicente Tincopa Torres.

Dr. Alejandro Acosta Alejos.

Dr. Mario M. Silva López.

perjudiquen a los colectivos por lo tanto y en relación a lo anterior, en el artículo 2004° del Código Civil se ha establecido el principio de legalidad en relación al plazo de caducidad; con la finalidad que no se haga un uso abusivo de la misma.

Vidal Ramírez³, sostiene que tratándose de la caducidad el orden público es más acentuado que en la prescripción, puesto que su elemento más importante es el plazo previsto en la ley de cada caso en que se origine un derecho susceptible de caducidad. En este instituto, más que la prescripción, se aprecia el imperativo de la ley por definir o resolver una situación jurídica o su cambio. Por ello, refiriéndose a los plazos de caducidad. Josserand dice que funciona como una guillotina, sin tener en cuenta ninguna consideración, porque son completamente extraños a toda idea de prueba y de presunción; instituyen una realidad, no consagran un cálculo de probabilidades; van directamente al fin sin que nada pueda hacer que se desvíen; son verdadera medidas de policías jurídicas.

Corresponde en ese sentido a éste colegiado dar cuenta si en el presente proceso arbitral se ha extinguido la acción y el derecho de la ENTIDAD, en relación a la controversia surgida.

De las instrumentales ofrecidas, se advierte que el Servicio de Parques de Lima-SERPAR, mediante Carta Notarial de fecha 21 de setiembre de 2011 (Kardex 81247), solicita a EL CONTRATISTA, subsanar las observaciones existentes en la estructura del piso y otros de la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha, otorgándole un plazo de siete (7) días, para el cumplimiento de dicha observación.

³Vidal Ramírez, Fernando. La prescripción y la caducidad en el Código Civil Peruano con un estudio de su relación jurídica. Lima: Editorial Cultural Cuzco; 1985. P 204.

✓

Dr. Vicente Tincopa Torres.

Dr. Alejandro Acosta Alejos.

Dr. Mario M. Silva López.

Al respecto únicamente se advierte la Carta Notarial N° 97273, de fecha 10 de abril del 2013, por la cual la ENTIDAD solicita el inicio del arbitraje de derecho. Del cómputo simple del plazo de caducidad respecto a esta primera solicitud, se tiene que desde el 21 de setiembre de 2011 al 10 de abril del 2013, hubieron más de dieciocho meses que la ENTIDAD dejó pasar, para iniciar el arbitraje de derecho. Con lo cual el derecho a reclamar la reparación en la estructura del piso quedó caduco.

En relación a la Carta Notarial N° 92988 de fecha 09 de noviembre del 2012, el Servicio de Parques de Lima –SERPAR, pone de conocimiento del CONTRATISTA que la Carta Notarial de fecha 21 de setiembre de 2011 no ha sido subsanada a la fecha de dicha carta; y que incluso de acuerdo a la actualización de la evaluación han determinado que se agravó el problemas de fisuras y grietas, hundimiento y socavación en el ambiente de la Fuente de Soda del parque zonal Huiracocha; concediéndole al CONTRATISTA un plazo de quince (15) días, caso contrario acudirán a los órganos jurisdiccionales.

Sobre el particular el Servicio de Parques de Lima –SERPAR, mediante Carta Notarial N° 97273, de fecha 10 de abril de 2013, solicita el inicio del arbitraje. En consecuencia, al realizar el computo del plazo que se dio entre la Carta Notarial N° 92988 de fecha 09 de noviembre del 2012, hasta el 10 de abril de 2013, fecha de la carta notarial de solicitud de inicio del arbitraje, se tiene que han pasado más de cuatro meses que la ENTIDAD dejó pasar, para iniciar el arbitraje de derecho. Con lo cual el derecho a reclamar la reparación en las, fisuras, grietas, hundimiento y socavación de la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha, quedó caduco.

K

Dr. Vicente Tincopa Torres.

Dr. Alejandro Acosta Alejos.

Dr. Mario M. Silva López.

En ese sentido, resulta evidente que la materia de análisis responsabilidad por vicios ocultos, no fue solicitada dentro del plazo previsto por ley – esto es – quince (15) días, en consecuencia, la ENTIDAD al no haber solicitado el inicio del arbitraje respecto a las observaciones que fueron encontrando, dejó pasar su oportunidad de accionar.

Todo lo anteriormente descrito en los párrafos anteriores se colabora con una prueba ofrecida por el CONTRATISTA y no observada y/o tachada por parte de la ENTIDAD – esto es – el Informe N° 033-2012-2-0434, elaborado por la Oficina General de Control Institucional de la Municipalidad Metropolitana de Lima, por el cual realizan un “examen especial a la ejecución del proyecto de mejoramiento del parque zonal Huiracocha en el Distrito de San Juan de Lurigancho” y “Evaluación de la gestión administrativa técnica y legal del proyecto mejoramiento del parque zonal Huiracocha” (periodo 01 de enero del 2009 al 31 de diciembre de 2011); informe que se encuentra contenido en 30 folios, en el que entre otras cosas se desprende en su página 19, en el punto b) dice: “imposibilidad para interponer acciones legales contra San Carlos Contratistas Generales SAC, quien no efectuó la reparación de las deficiencias constructivas de la fuente de soda, cuyo valor de inversión equivale a la suma de S/ 165,200.00 al haberse producido la caducidad”

Reglón seguido, precisa que de los documentos de la ejecución de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML para ejecutar la Obra “OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN” (componente 23 – Fuente de Soda del parque Huiracocha), en la que luego de la inspección física realizada por la Comisión de Auditoría, evidenció la existencia de deficiencias constructivas presentadas con posterioridad a la recepción de dicha obra, la cuales fueron notificadas al CONTRATISTA mediante Carta Notarial N° 81247 y recepcionada el 23 de

7

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

setiembre de 2011, siendo que al 23 de setiembre del 2012 se produjo la caducidad.

De la misma forma se puede desprender del referido informe, entre sus páginas del 22 al 25, que muchos de sus administrativos fueron separados de la ENTIDAD por no haber prestado el asesoramiento adecuado y no haber podido alertar de manera oportuna, el vencimiento del plazo para iniciar las acciones legales respectivas.

Por lo tanto, de acuerdo a lo desarrollado en los párrafos anteriores éste Tribunal Arbitral declara fundada la excepción de caducidad respecto a la responsabilidad del CONTRATISTA por los vicios ocultos observados.

3.2.2. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. es responsable por vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos generados en la ejecución del contrato de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).

Habiendo el Tribunal Arbitral, declarado fundada la excepción deducida por el CONTRATISTA, deviene en caduco el derecho de la ENTIDAD a reclamar la responsabilidad por los vicios ocultos y consecuentemente improcedente dicha pretensión.

3.2.3 SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. que abone la suma de S/ 517.637.57 (Quinientos diecisiete mil seiscientos treinta

[Handwritten signature]

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

y dos y 57/100 Nuevos soles) a favor del Servicios de Parques de Lima –SERPAR, por concepto de reparación de vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos, generado en la ejecución de la obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML “CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN” (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).

Habiendo el Tribunal Arbitral, declarado fundada la excepción deducida por el CONTRATISTA, deviene en caduco el derecho de la ENTIDAD e improcedente esta pretensión.

3.2.4. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. pague los intereses legales del monto reclamado desde la fecha de los vicios ocultos hasta la fecha del laudo.

Habiendo el Tribunal Arbitral, declarado fundada la excepción deducida por el CONTRATISTA, deviene en caduco el derecho de la ENTIDAD e improcedente esta pretensión.

3.2.5. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. el pago de las costas y costos que se determine en el presente proceso.

Considerando el resultado de este arbitraje en el que se ha evidenciado una participación activa de las partes, y considerando que ha sabiendas de las instrumentales ofrecidas – esto es – Informe N° 033-2012-2-0434, la ENTIDAD ha promovido una acción, en donde ya le indicaban que su derecho ya había caducado, obligando de forma innecesaria al CONTRATISTA a participar en éste

4

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

proceso, por lo que este Tribunal Arbitral en mérito a lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 73° del Decreto Legislativo 1071 – Ley que regula el arbitraje en el Perú, es de la opinión que el Servicios de Parques de Lima – SERPAR - abone a favor de la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL los costos, costas y gastos del proceso arbitral.

Sin embargo, debe precisarse que habiendo SERPAR cancelado el total de los honorarios arbitrales que ascendieron a la suma de S/. 64,500, los mismos que habiendo sido cancelados el 50% por cuenta propia (Resoluciones 06 y 14) y el otro 50% en subrogación de SAN CARLOS (Resoluciones 09 y 16), deben tenerse por cancelados de manera definitiva por SERPAR.

3.2.6. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Que el Tribunal Arbitral determine si en la ejecución del Contrato de Obra de Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML existe o no responsabilidad por vicios ocultos o defectos constructivos por parte de la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL.

Al haber declarado fundada la excepción de caducidad deducida por el CONTRATISTA, deviene en caduco el derecho pretendido de la demandada por lo que el Tribunal Arbitral declara improcedente esta pretensión.

3.2.7. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si la pretensión accesoria, contenida en la demanda por la suma de S/ 517,632.57 correspondiente al presupuesto base para la reconstrucción de la fuente de soda del parque Huiracocha, corresponde o no directamente a la responsabilidad contractual de la empresa San Carlos Contratistas General SRL, para su determinación y posterior solicitud de reparación.



*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

Habiendo declarado fundada la excepción de caducidad deducida por el CONTRATISTA, deviene en caduco lo pretendido por la demandada, por lo que el Tribunal Arbitral declara improcedente esta pretensión.

3.2.8. SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si a la fecha de la interposición de la demanda arbitral, el derecho de Servicio de Parques de Lima –SERPAR, había caducado legalmente, por no seguirse el procedimiento especial señalado en el artículo 1784 del Código Civil, procedimiento que no regula la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que no cabe llevar adelante o seguirse ningún trámite en sede arbitral y en ninguna instancia judicial ni administrativa.

Considerando, que el presente punto controvertido, básicamente refrenda el análisis elaborado en el desarrollo de la Excepción de Caducidad deducida por el CONTRATISTA, reafirmamos el mismo, señalando que efectivamente a la fecha de la interposición de la demanda arbitral el derecho de la ENTIDAD se encontraba caduco, por lo que resulta FUNDADA dicha pretensión

3.2.9. OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar de acuerdo a las obligaciones contractuales, quien debió haber realizado el expediente técnico de la obra, diseño del proyecto, análisis estructural, estudio de mecánica de suelos de la obra Fuente de Soda del parque Huiracocha.

Habiendo declarado fundada la excepción de caducidad deducida por el CONTRATISTA, deviene en caduco lo pretendido por la demandada, por lo que el Tribunal Arbitral declara improcedente esta pretensión.

3.2.10. NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar cuál era la obligación esencial o punto de partida de la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL

Dr. Vicente Tincopa Torres.

Dr. Alejandro Acosta Alejos.

Dr. Mario M. Silva López.

dentro del Contrato de ejecución de obra denominada Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML.

Habiendo declarado fundada la excepción de caducidad deducida por el CONTRATISTA, deviene en caduco lo pretendido por la demandada, por lo que el Tribunal Arbitral declara improcedente esta pretensión.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral, en **DERECHO**,

LAUDA EN MAYORIA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA LA EXCEPCION DE CADUCIDAD** formulada por EL CONTRATISTA, y en consecuencia **EXTINGUIDA LA PRETENSION PROCESAL** del Servicio de Parques de Lima-SERPAR, de recurrir ante este Tribunal Arbitral a reclamar la responsabilidad por los vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos generados en la ejecución del contrato de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML *"CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN"* (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha), conforme a las consideraciones ya expuestas.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la primera pretensión del demandante, por la cual se solicita que se declare si la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. es responsable por vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos generados en la ejecución del contrato de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML *"CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE*

Dr. Vicente Tincopa Torres.

Dr. Alejandro Acosta Alejos.

Dr. Mario M. Silva López.

AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN” (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha), conforme a las consideraciones ya expuestas.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión del demandante, por la cual se solicita que el Tribunal Arbitral ordene a SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. el pago de S/. 517.637.57 a favor del Servicios de Parques de Lima –SERPAR, por concepto de reparación de vicios ocultos o defectos constructivos. vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos, generado en la ejecución de la obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML “CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN” (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha), conforme a las consideraciones ya expuestas.

CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la tercera pretensión del demandante, por la cual se solicita ordenar pagar ala empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES SRL; los intereses legales del monto reclamado desde la fecha de los vicios ocultos hasta la fecha del laudo, conforme a las consideraciones ya expuestas.

QUINTO: DISPONER que Servicio de Parques de Lima – SERPAR asuma el íntegro de los costos, costas y gastos arbitrales, por lo que habiendo SERPAR cancelado el total de los honorarios arbitrales que ascendieron a la suma de S/. 64,500, los mismos que había cancelado el 50% por cuenta propia (Resoluciones 06 y 14) y el otro 50% en subrogación de SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. (Resoluciones 09 y 16), deben tenerse por cancelados de manera definitiva por SERPAR, conforme a las consideraciones ya expuestas.

1

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

SEXTA: Declarar **IMPROCEDENTE** el primer punto controvertido del CONTRATISTA en cuanto a determinar si en la ejecución del Contrato de Obra de Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML existió o no responsabilidad por vicios ocultos o defectos constructivos por parte de la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL.

SÉTIMO: Declarar **IMPROCEDENTE** el segundo punto controvertido del CONTRATISTA en cuanto a determinar si la pretensión accesoria, contenida en la demanda por la suma de S/ 517,632.57 correspondiente al presupuesto base para la reconstrucción de la fuente de soda del parque Huiracocha, corresponde o no directamente a la responsabilidad contractual de la empresa San Carlos Contratistas General SRL, para su determinación y posterior solicitud de reparación.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** el tercer punto controvertido del CONTRATISTA, en consecuencia, precisar que, a la fecha de la interposición de la demanda arbitral, el derecho de la ENTIDAD, había caducado legalmente.

NOVENO: Declarar **IMPROCEDENTE** el cuarto punto controvertido del CONTRATISTA en cuanto a determinar de acuerdo a las obligaciones contractuales, quien debió haber realizado el expediente técnico de la obra, diseño del proyecto, análisis estructural, estudio de mecánica de suelos de la obra Fuente de Soda del parque Huiracocha.

DÉCIMO: Declarar **IMPROCEDENTE** el quinto punto controvertido del CONTRATISTA en cuanto determinar cuál era la obligación esencial o punto de partida de la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL dentro del Contrato de ejecución de obra denominada Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML.

[Handwritten signature]

*Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

Notifíquese a las partes



**VICENTE TINCOPA TORRES
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

**MARIO SILVA LÓPEZ
ARBITRO**



**Martín Gómez Aguilar
Secretario**

Tribunal Arbitral:
Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.

Lima, 09 de febrero de 2016

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
VOTO SINGULAR DEL ARBITRO ALEJANDRO ACOSTA ALEJOS
Expediente N° I 253-2013-OSCE

Demandante:

SERVICIO DE PARQUES DE LIMA - SERPAR

En adelante SERPAR, o la ENTIDAD, o el DEMANDANTE.

Demandado:

SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.

En adelante el SAN CARLOS, o el CONTRATISTA, o la DEMANDADA.

Tribunal Arbitral:

Vicente Tincopa Torres (Presidente del Tribunal Arbitral)

Alejandro Acosta Alejos

Mario Manuel Silva López

Secretaria Arbitral:

Martín Gómez Aguilar

RESOLUCIÓN N° 22

Lima, 09 de febrero de 2016

I.- Convenio Arbitral.

1. Con fecha 24 de noviembre de 2010, se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra, Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML para la contratación la Ejecución de la Obra "OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN"
2. La cláusula Vigésima del citado contrato establece lo siguiente:

[Handwritten mark]

"CLAUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177, 179 y 181 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

El Laudo Arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

31

I. Desarrollo del proceso.

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral.

1. A las 11:30 horas del día 19 de julio del 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la Oficina Zonal Organismo Supervisor, de las Contrataciones del Estado -OSCE, sito en Edificio El Corregidor N° 108, Residencial San Felipe, Distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima; donde se reunieron Vicente Tincopa Torres, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Alejandro Acosta Alejos, en su calidad de Árbitro, el Dr. Mario Silva López, en su calidad de Árbitro; conjuntamente con el representante de la Empresa San Carlos Contratistas Generales, señor Pedro Martin Fernández Martínez, el representante de Servicios de Parques de Lima, Jorge Luis Arce Mejía, en calidad de responsable de la Dirección de Arbitraje Administrativo OSCE, Natalia Berrocal Gonzales, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral encargado de resolver el presente arbitraje.

En dicha audiencia el Tribunal Arbitral, volvió a ratificar su aceptación al cargo, señalando que no se encontraban sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que le obligara a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes, los que las representan y los que le asisten como abogados.

2. La ENTIDAD dentro del plazo concedido por el Tribunal Arbitral, en el numeral 23 del Acta de Instalación de fecha 19 de julio del 2013, presentó su demanda mediante escrito N° 01 del 09 de agosto del 2013, el cual ingresó en la misma fecha ante la secretaría del Tribunal Arbitral

3. Mediante Resolución N° 02 de fecha 22 de agosto del 2013, el Tribunal Arbitral admitió la demanda arbitral y corrió traslado de la misma a EL CONTRATISTA, para que la conteste o de considerarlo conveniente formule reconvencción, para lo cual concedió a éste último un plazo de quince (15) días hábiles.
4. Con Resolución N° 04, de fecha 10 de octubre del 2013, se hizo de conocimiento de la ENTIDAD el error incurrido por el CONTRATISTA al presentar con fecha 20 de setiembre de 2013 ante la OSCE, su escrito de contestación de demanda de fecha 19 de setiembre del 2013, por lo que previo a la calificación de la misma se solicitó saber la posición de la ENTIDAD frente al hecho ocurrido. Absolviendo dicho traslado LA ENTIDAD solicitó que se tenga por no presentada la demanda, por lo que mediante Resolución N° 05 de fecha 18 de octubre del 2013, el Tribunal Arbitral analizado los hechos ocurridos ADMITE a trámite el escrito que contenía la contestación de demanda, reconvencción y excepción de caducidad deducida, por lo que se cumple con correr traslado de la misma a la ENTIDAD.
5. Mediante Resolución N° 09, de fecha 20 de marzo del 2014, el Tribunal Arbitral, citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día 07 de abril de 2014, a las 4:00 pm.
6. Asimismo, en la fecha, lugar y hora programada, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de los representantes tanto del demandante como del demandado; así como de los árbitros y secretario arbitral.

33

7. Asimismo, al no poder arribarse a una conciliación entre las partes, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

De la parte DEMANDANTE

1. Determinar que la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. es responsable por los vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos generados en la ejecución del contrato de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (Componente 23 - Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).
2. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. que abone la suma de S/ 517.637.57 (Quinientos diecisiete mil seiscientos treinta y dos y 57/100 Nuevos soles) a favor del Servicios de Parques de Lima -SERPAR, por concepto de reparación de vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos, generados en la ejecución del contrato de obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (Componente 23 - Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).
3. Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. pague los intereses legales del monto reclamado desde la fecha de los vicios ocultos hasta la fecha del laudo.

4. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. el pago de las costas y costos que se determine en el presente proceso.

De la parte DEMANDADA

1. Determinar si en la ejecución del Contrato de Obra de Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML existe o no responsabilidad por vicios ocultos o defectos constructivos por parte de la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL.

2. Determinar si la pretensión accesoria, contenida en la demanda por la suma de S/ 517,632.57 correspondiente al presupuesto base para la reconstrucción de la fuente de soda del parque Huiracocha, corresponde o no directamente a la responsabilidad contractual de la empresa San Carlos Contratistas General SRL, para su determinación y posterior solicitud de reparación.

3. Determinar si a la fecha de la interposición de la demanda arbitral, el derecho de Servicio de Parques de Lima -SERPAR, había caducado legalmente, por no seguirse el procedimiento especial señalado en el artículo 1784 del Código Civil, procedimiento que no regula la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que no cabe llevar adelante o seguirse ningún trámite en sede arbitral y en ninguna instancia judicial ni administrativa.

4. Determinar de acuerdo a las obligaciones contractuales, quien debió haber realizado el expediente técnico de la obra, diseño del proyecto,

análisis estructural, estudio de mecánica de suelos de la obra Fuente de Soda del parque Huiracocha.

5. Determinar cuál era la obligación esencial o punto de partida de la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL dentro del Contrato de ejecución de obra denominada Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML.

X Conforme a lo establecido en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral procedió a admitirlos medios probatorios ofrecidos por las partes:

De la ENTIDAD

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por La ENTIDAD en su escrito de demanda, presentado en fecha 09 de agosto de 2013, identificado en el punto IV de la demanda, Medios Probatorios y signados en los numerales 4.1 al 4.10.

Del CONTRATISTA

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por El CONTRATISTA en su escrito de contestación de demanda y reconvención, identificado en el punto 3.1 Medios Probatorios y signados como anexos 3.11 al 3.1.4.

En dicha audiencia, el Tribunal se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; de acuerdo a lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.

8. Mediante Resolución N° 12, de fecha 07 de julio de 2014, se dispuso la actuación de una pericia de Oficio, no obstante, los constantes requerimientos a las partes, mediante Resolución N° 19, de fecha 20 de noviembre de 2015, el Tribunal Arbitral dispuso dejar sin efecto la pericia ordenada, al amparo de lo dispuesto en el inciso c) del artículo 46° del DL 1071 - Ley que regula el arbitraje y ordenó continuar el proceso arbitral de acuerdo a su trámite regular.
9. Mediante Resolución N° 19, de fecha 20 de noviembre de 2015, se dio por concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presente sus alegatos, citando a Audiencia de Informe Orales, para el día 10 de diciembre del 2015.
10. En la fecha y hora programada, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con presencia de ambas partes, donde cada una de ellas expuso lo conveniente a su derecho.
11. En la referida audiencia el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 20, en la cual concede de forma excepcional cinco (5) a la parte para que presente sus conclusiones de informes orales, estableciendo que concluido dicho plazo, se entenderá como expedito el proceso para laudar y se fija en treinta (30) días hábiles para laudar, los mismo que pueden ser prorrogables en otros treinta (30) días hábiles de forma adicional.
12. Mediante Resolución N° 21, de fecha 25 de enero de 2016, entre otras cosas optó por precisar la fecha en que se empezó a computar el primer plazo para laudar, así como también precisó la fecha en que se empezaría a computar el plazo prorrogable para laudar.

13. Atendiendo a ello, el presente laudo es emitido dentro del plazo fijado, teniendo en cuenta que:

- Los plazos se computan en días hábiles.
- Son días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables o los días de duelo nacional no laborables declarados por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.
- La sede del arbitraje se encuentra fijada en la ciudad de Lima.

I. CONSIDERACIONES DEL VOTO EN SINGULAR

1.- CUESTIONES PRELIMINARES.

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre ambas partes del arbitraje.
- Que en momento alguno se recusó alguno de los árbitros, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- Que el DEMANDANTE presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- Que el DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, ejerciendo su derecho a contestarla y reconvenir dentro de los plazos establecidos.

- v. Que el DEMANDANTE fue debidamente emplazado con la reconvención, ejerciendo su derecho a contestarla dentro de los plazos dispuestos en el Acta de Instalación.
- vi. Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.
- vii. Que de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, 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° 1017, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- viii. Que, el VOTO EN SINGULAR se ha procedido a emitir dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA.

De acuerdo con lo establecido en Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 07 de abril de 2014, y las pretensiones planteadas por ambas partes, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos y las

pretensiones planteadas 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 árbitro 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 la propuso y proporcionó" (1).

El Tribunal Arbitral 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,

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

siendo que la no indicación expresa a alguno de los 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 Tribunal Arbitral 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 Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

POSICIÓN RESPECTO A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

El artículo 41 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, establece que "el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, (...)". Cabe remitirnos al Doctor Carlos Alberto Soto Coaguila quien afirma lo siguiente:

*"El principio Kompetenz -Kompetenz, considerado el pilar del arbitraje, es una manifestación del efectivo positivo del convenio arbitral, pues establece el deber de los árbitros de pronunciarse sobre las materias sometidas a arbitraje"*²

En tal sentido, corresponde a éste colegiado resolver la excepción de caducidad formulado por el contratista a través de su escrito de fecha 20 de setiembre de

² SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO, Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje de 2008, pagina 25.

2013, y dar cuenta si en el presente proceso arbitral se ha extinguido la acción y el derecho de la ENTIDAD, en relación a la controversia surgida.

Respecto a la caducidad en el arbitraje de contratación pública el Dr. Rodríguez³, refiere que la palabra caducidad se deduce como una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho. Igualmente, expresa que la norma legal subordina la adquisición de un derecho a una manifestación de voluntad en cierto plazo o bien permite una opción. Si esa manifestación no se produce en ese tiempo, se pierde el derecho o la opción.

Ahora bien, la norma aplicable es el Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que en su artículo 52°, establecía que: *"Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50° de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad."*

Por su parte el artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado señala: *"El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad. El Contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años,*

³ RODRIGUEZ ARDILES, Ricardo (2006) La caducidad del arbitraje en la Contratación con el Estado. Lima: Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico, Pág. 334.

contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra según corresponda."

La Opinión del OSCE de observancia obligatoria⁴ N° 017-15-PRE GOB. REG. CAJAMARCA de fecha 27 de enero de 2015, respecto al procedimiento que se debe seguir para formular el reclamo por vicios ocultos señala lo siguiente:

El contratista es responsable por los vicios ocultos que afecten a los bienes y servicios ofertados, por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad y por un plazo que no podrá ser inferior a siete (7) años contados a partir de la conformidad de la recepción total o parcial cuando se trate de obras.

Al respecto, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto el procedimiento que se debe seguir a efectos de formular el reclamo por vicios ocultos; no obstante ello, la Entidad, antes del vencimiento de los plazos señalados en el párrafo precedente, debe comunicar al contratista que la prestación ejecutada adolece de presuntos vicios ocultos, con la finalidad que este asuma la responsabilidad que el caso amerite o exponga y sustente los argumentos que estime pertinentes. Una vez efectuada dicha comunicación y cuando de la respuesta del contratista se deriven discrepancias o controversias, estas deberán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje por cualquiera de las partes.

Para el Doctor Mario Castillo Freyre⁵, "La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento han establecido plazos especiales de caducidad para el caso de los defectos o vicios ocultos. Ahora bien, los plazos son establecidos por la Ley de

⁴De acuerdo con la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF

⁵ Castillo Freyre, Mario. "El arbitraje en la Contratación Pública" Editorial Palestra. 2009. Pagina 111

Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por lo que – para este caso concreto – no se presentan los cuestionamientos sobre legalidad de los mismos, a diferencia de los plazos de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 del Reglamento.”

En consecuencia, éste Tribunal Arbitral encuentra que la norma de Contrataciones del Estado ampara y regula las materias de responsabilidad por vicios ocultos. Sin embargo, es menester de este Tribunal analizar si la entidad ha cumplido con exigir dicha responsabilidad dentro del plazo concedido por ley o si dicho plazo ha caducado.

El contrato conforme se encuentra acreditado en autos, se suscribió en fecha **24 de noviembre del 2010** - Contrato de Ejecución de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML para ejecutar la Obra “OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN” (componente 23 - Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha) entre Servicios de Parque de Lima - SERPAR, y la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L.

La recepción de la obra se produjo en fecha **22 de diciembre de 2010**, por lo que la responsabilidad que correspondería al contratista conforme lo prescrito en la norma – esto es - siete (7) años, vence de manera indefectible en fecha **22 de diciembre de 2017**.

Asimismo, de las instrumentales ofrecidas, se advierte que el Servicio de Parques de Lima-SERPAR, mediante Carta Notarial de fecha **21 de setiembre de 2011** (Kardex 81247), solicita a EL CONTRATISTA, subsanar las observaciones existentes en la estructura del piso y otros de la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha, otorgándole un plazo de siete (7) días, para el cumplimiento de dicha observación.

44

Con fecha 09 de noviembre del 2012, mediante Carta Notarial N° 92988, el Servicio de Parques de Lima -SERPAR, pone de conocimiento del CONTRATISTA que la Carta Notarial de fecha 21 de setiembre de 2011 no ha sido subsanada a la fecha de dicha carta; y que incluso de acuerdo a la actualización de la evaluación han determinado que se agravó el problemas de fisuras y grietas, hundimiento y socavación en el ambiente de la Fuente de Soda del parque zonal Huiracocha; concediéndole al CONTRATISTA un plazo de quince (15) días, caso contrario acudirán a los órganos jurisdiccionales. Finalmente, mediante Carta Notarial N° 97273, de fecha 10 de abril del 2013, la ENTIDAD solicita el inicio del arbitraje de derecho.

En consecuencia, al realizar el computo del plazo de 7 años previsto en la ley se evidencia que la Carta Notarial N° 97273 de fecha 10 de abril de 2013 se encuentra dentro del plazo previsto de caducidad, con lo cual el derecho a reclamar la reparación en las, fisuras, grietas, hundimiento y socavación de la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha, no ha vencido.

En tal sentido, corresponde declarar INFUNDADA la excepción deducida por San Carlos Contratistas Generales SRL.

**POSICIÓN RESPECTO AL PETITORIO PRINCIPAL, PRIMERA Y SEGUNDA
PRETENSIÓN ACCESORIA AL PETITORIO DE LA DEMANDA**

Que el Tribunal declare que la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. es responsable por vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos generados en la ejecución del contrato de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA,

DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).

Que el Tribunal Arbitral ordene que EL CONTRATISTA pague la suma de S/. 517.637.57 (Quinientos diecisiete mil seiscientos treinta y dos y 57/100 Nuevos soles) a favor del Servicios de Parques de Lima –SERPAR, por concepto de reparación de vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos, derivados de la responsabilidad de EL CONTRATISTA en los defectos constructivos o vicios ocultos.

Que el Tribunal Arbitral ordene que EL CONTRATISTA pague los intereses legales del monto reclamado desde la fecha de los vicios ocultos hasta la fecha del laudo.

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera necesario señalar las siguientes cláusulas del contrato:

Cláusula tercera: marco legal del contrato

En los aspectos y cuestiones que no estén expresamente contemplados en el presente contrato, regirán las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias y el Código Civil vigente.

Cláusula decimo cuarta: responsabilidad por vicios ocultos

La conformidad del bien por parte de LA ENTIDAD no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos, conforme a lo dispuesto por el artículo 50° de la Ley

Cláusula Decimo Tercera: responsabilidad del contratista

El contratista planea y será responsable por los métodos de trabajo y la eficacia de los equipos empleados en la ejecución de la obra, los que deberán asegurar un ritmo apropiado y calidad satisfactoria.

Durante la ejecución de la obra, el contratista está obligado a cumplir los plazos parciales establecidos en el calendario de avance de obra. En caso de producirse retraso injustificado se procederá de acuerdo al artículo 205 del reglamento.

El contratista abrirá en el acto de entrega del terreno, el cuaderno de obras debidamente foliado, el mismo que será firmado en todas sus páginas por el inspector/supervisor y el residente. En este cuaderno de obras se anotaran las indicaciones, ordenes, autorizaciones, reparos, variantes, consultas y anotaciones que consideren convenientemente para la ejecución de la obra.

Teniendo en cuenta el marco contractual y normativo, es preciso señalar la definición de los Vicios ocultos:

Para el Dr. Max Arias Schreiber Pezet⁶ señala que *"La noción del vicio oculto está ligada a la existencia de deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquirente a su adecuada utilización."*; el mismo autor citando a Tartufari indica que, *"(...) por vicio o defecto debe precisamente entenderse cualquier anormalidad o imperfección y cualquier deterioro o avería que se encuentre en la cosa, que perjudiquen más o menos la aptitud para el uso o la bondad o integridad. Para hablar propiamente, defecto implicaría todo lo que le falta a la cosa para existir de un modo plenamente conforme a su naturaleza, y por eso actuaría en sentido negativo; vicio, en cambio, serviría para designar cualquier alteración sin la cual la cosa sería precisamente como debe ser normalmente, y por eso obraría en sentido positivo (...)".*

El Dr. Manuel de la Puente y Lavalle que define los vicios ocultos de la siguiente manera:

⁶ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Goceta Jurídica S.A; Primera Edición, 2006, página 310.

47

*"(...) pues la doctrina es unánime en considerar que ellos 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 adquirente"*⁷

Como se aprecia, la doctrina civil emplea la figura de los vicios ocultos para toda clase de bienes, muebles o inmuebles, sin efectuar distinción alguna; no obstante ello, la normativa de contrataciones del Estado dispone que el contratista es responsable por los vicios ocultos que afecten a los bienes y servicios ofertados, por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad y por un plazo que no podrá ser inferior a siete (7) años contados a partir de la conformidad de la recepción total o parcial cuando se trate de obras⁸.

Cabe precisar, el citado autor, Manuel De La Puente Y Lavalle⁹ desarrolla los requisitos que debe reunir el vicio; precisando que el mismo debe ser "oculto", por la imposibilidad de conocerlo inmediatamente en la que se encuentra el adquirente; "importante", por no permitir que el bien sea destinado a la finalidad para la cual fue adquirido; y, "preexistente" a la transferencia o concomitante con ella aun cuando sus efectos se manifiesten después.

En tal sentido, los vicios ocultos se presentan cuando la prestación adolece de defectos cuya existencia es anterior o concomitante al momento en el que la Entidad emite la conformidad y que no pudieron ser detectados en dicha

⁷ DE LA PUENTE Y LAvALLE, MANUEL; "El contrato en General" biblioteca para leer el Código civil, volumen xv, segunda parte- Tomo VI, pagina 418.

⁸ De conformidad con lo señalado en la Opinión N° 003-2013/DTN, la Entidad puede establecer plazos mayores de responsabilidad del contratista; es decir, puede establecer plazos mayores a un (1) año cuando se trate de bienes y servicios, o plazos mayores a siete (7) años cuando se trate de obras, debiendo prever tal plazo en las Bases para que surta efectos frente al contratista.

⁹ DE LA PUENTE Y LAvALLE, Manuel. El contrato en general - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Lima: Palestra Editores S.R.L., 2001, pág. 535-540.

oportunidad, siempre que dichos defectos no permitan que el bien, servicio u obra sea empleado de conformidad con los fines de la contratación.

Teniendo en consideración las definiciones propuestas y lo pactado en el contrato, el deber de saneamiento del contratista le obliga a tener que subsanar todo defecto que padezca con el fin de que se cumplan con lo pactado. Por lo que corresponde a este Tribunal Arbitral determinar si existen vicios ocultos y si el contratista San Carlos Contratistas Generales es responsable de dichos vicios ocultos teniendo en cuenta los medios probatorios aportados por las partes.

El dictamen pericial Técnico que tuvo como objeto la determinación de daños estructurales y presupuesto de reparación de la fuente de soda, vías de acceso y sistemas de bombeo de piscina recreativa, piscina semiolímpica del parque zonal Huiracocha, realizada por el Colegio de Ingenieros del Peru a través de los peritos Ing. Vitalino Adrian Manrique Sipan, Ing. Gilberto Esteban Leon Ruiz y el Ing. Luis Manuel Martínez Lujan estableció lo siguiente:

8. ANÁLISIS

FUENTE DE SODA Y VISITA DE ACCESO

Recibido el Estudio de Suelos solicitado a la Universidad Nacional de Ingeniería, se pudo verificar las causas que provocaron las situaciones encontradas en la Fuente de Sodas (FS), vías de acceso a esta y terrazas alrededor de las piscinas: recreativa y semiolímpica.

Dado que el contratista constructor no retiro convenientemente el material relleno existente (conformado por gravas arenosas, limosas con presencia de cascotes de ladrillos, restos de papeles, plásticos, telas, etc. en el estado semisuelto o semicompacto, mas allá de los 3.00m estudiados tanto en la zona de la fuente de soda, como en sus vías de acceso) su presencia en las cimentaciones superficiales, como en

la base de la carpeta asfáltica es inadmisibile y debe ser totalmente retirada, en ambos casos colocándose material de préstamo seleccionado y tratado apropiadamente.

Con respecto a la condición encontrada en las terrazas adyacentes a las piscinas: semi olímpica y recreativa, se tiene que debajo de la losa de concreto, entre la cota 0.10 y 0.18m existe afirmado en estado semi compacto húmedo y material relleno deleznable húmedo, material arenoso húmedo o grava areno-limosa, también humeda. Ello ha dado lugar a que se evidencien separaciones entre la losa y el suelo (cangrejas) que han lesionado por peso propio la superficie de circulación, ofreciendo un mal aspecto.

En similar condición deben hallarse las tuberías de abasto y recirculación, las que no se han podido descubrir en su totalidad por estar enterradas alrededor de dichas construcciones.(...)

9. OBSERVACIONES

FUENTE DE SODA Y VÍAS DE ACCESO

Es importante resaltar que existían suficientes elementos técnicos que de haberse cumplido, habrían evitado suficientemente los daños hallados a las construcciones estudiadas.

Las especificaciones Técnicas señalaban que la cimentaciones deberían apoyarse en terreno natural. De no apoyarse en terreno natural se realizaría una falsa zapata de concreto ciplepeo $f_c=100\text{kg/cm}^2$ con 30% de piedra grande de max. 6". Antes del llenado del concreto de la cimentación, de la colocación de las armaduras respectivas en cimientos armados deberá contarse con la aprobación escrita de la inspección de la obra".

Esto no se ha cumplido, pues no hay evidencia en ningún Cuaderno de Obra.
(...)

No se ha cumplido a cabalidad con lo señalado en los planos de obra (...)

La pericia de parte presentada por el contratista en su escrito de Alegatos de fecha 16 de diciembre de 2015, realizada por el Ing. Percy Manuel Molina Quispe, cuyo objeto estaba referido a las causas de las fallas estructurales, pisos y vías de acceso

a la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha no puede ser considerada en este voto singular, debido a que la misma fue presentada después que el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 19 de fecha 20 de noviembre de 2015, dispusiera cerrar la etapa probatoria (no fue reconsiderada por el contratista) y que se fijara plazo para laudar a través de la Resolución N° 20 de fecha 10 de diciembre de 2015.

Cabe señalar que, todos los demás medios probatorios que tratan sobre la responsabilidad del contratista por los vicios ocultos, no han desvirtuado el valor de la pericia del Colegio de Ingenieros.

~~En~~ En ese sentido, el dictamen pericial elaborado por el Colegio de Ingenieros del Perú demuestra que nos encontramos ante un vicio oculto, debido a que los defectos constructivos generados por el contratista no pudieron ser perceptibles al momento de la entrega y conformidad de la obra.

Respecto al monto que le corresponde a la Entidad por la reparación de la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha:

- En el Informe N° 033-2012-2-0434 la Entidad señala que el valor de inversión de la reparación de las deficiencias constructivas de la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha que le corresponde la empresa San Carlos Contratistas Generales SAC equivale a S/. 165 200.00 soles.
- En la pericia de parte del contratista efectuada por el Ing. Eddy Walter CCoica Pacheco (pericia que tiene como base, aquella ofrecida como medio probatorio por Serpar, y que fue realizada por el Colegio de Ingenieros del Peru a través de los peritos Ing. Vitalino Adrian Manrique Sipan, Ing. Gilberto Esteban Leon Ruiz y el Ing. Luis Manuel Martínez Lujan) se

establece que el presupuesto para la obra Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha asciende a S/. 165.200.00 soles.

En tal sentido, los medios probatorios aportados por las partes generan convicción de que existe responsabilidad del contratista San Carlos Contratistas Generales SRL, por vicios ocultos, siendo que por concepto de reparación de los mismos corresponde que le pague al Servicio de Parques de Lima - SERPAR la suma de S/. 165 200.00 soles.

Ahora bien, habiéndose determinado responsabilidad del Contratista, respecto de vicios ocultos, corresponde que sobre el monto determinado para hacer la reparación de los mismos, se agreguen los respectivos intereses legales.

Por lo que, corresponde declarar fundada la primera pretensión principal, fundada en parte la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal y fundada la segunda pretensión accesoria de la primera primera pretensión principal.

POSICIÓN RESPECTO A LA RECONVENCIÓN FORMULADA EL CONTRATISTA

Que el Tribunal ordene que la Entidad Servicios de parques de Lima SERPAR S.A. le pague la suma de S/. 300,000.00 soles por los daños y perjuicios que le ha ocasionado la entidad.

El contratista ha solicitado el pago de los daños y perjuicios que se le estaría ocasionando la Entidad.

Al respecto, 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".

Ahora bien, 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. En ese sentido, corresponde a quien sostiene haber sufrido un daño la carga de probar el daño, su cuantía y el nexo causal que debe existir entre la conducta antijurídica y el daño sufrido.

De los medios probatorios aportados el demandado se evidencia que no ha cumplido con su deber de acreditar de manera suficiente los daños y perjuicios reclamados de tal manera que generen certeza en el juzgador.

Por lo tanto, no habiendo la parte demandada cumplido, con acreditar los daños y perjuicios cuya indemnización solicita de manera suficiente de forma tal, que genere la convicción, corresponde declarar infundada esta pretensión.

POSICIÓN RESPECTO A LAS COSTAS Y COSTOS

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. el pago de las costas y costos que se determine en el presente proceso.

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 establece que si el convenio arbitral no

53

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 no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional sobre dicho aspecto atendiendo a la conducta procesal de las partes y las normas que regulen dicho supuesto en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, bajo el mismo razonamiento y línea interpretativa, siendo legítima la controversia entre las partes, ambas deben asumir los costos del proceso arbitral en las partes proporcionales que les fueran ordenadas mediante las resoluciones respectivas de pago. Asimismo, en tanto las costas obedecen a la propia diligencia de las partes para enfrentar las controversias con una adecuada defensa legal, ambas son responsables de las costas que hayan asumido para dicho fin.

En ese sentido, en este voto singular se considera que ambas partes asuman los pagos y conceptos de gastos arbitrales correspondientes.

Así las cosas, debe considerarse además que mediante Resoluciones N° 09 de fecha 20 de marzo de 2015, y Resolución N° 16 de fecha 20 de julio de 2015, se dejó constancia de la cancelación vía subrogación de los honorarios arbitrales de cargo del Contratista, por parte la Entidad. En tal sentido, corresponde que dicho monto asumido por la Entidad sea devuelto por el Contratista, por lo que, ésta deberá cancelar en vía de devolución a favor de Serpar la suma ascendente a S/. 32,250.00 Soles.

54
Por las razones expuestas, este árbitro, en DERECHO,

LAUDA

PRIMERO: Declarar INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD formulada por la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA la primera pretensión del demandante, en consecuencia, el Tribunal Arbitral declara que la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. es responsable por vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos generados en la ejecución del contrato de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (Componente 23 - Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).

TERCERO: Declarar FUNDADA FUNDADA EN PARTE la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal, en consecuencia, se ordena a la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES SRL el pago de S/. 165 200.00 Soles (Ciento sesenta y cinco mil doscientos y 00/100 Soles).

CUARTO: Declarar FUNDADA la segunda pretensión accesoria de la primera primera pretensión principal, en consecuencia, se ordena a la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES SRL el pago de los intereses legales del monto reconocido a favor de SERVICIOS DE PARQUES DE LIMA SERPAR S.A.

TERCERO.- DISPÓNGASE en relación a los costos arbitrales, que ambas partes asuman en forma proporcional los costos arbitrales decretados, así como cualquier

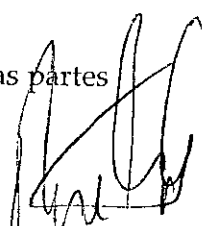
*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Vicente Tincopa Torres.
Dr. Alejandro Acosta Alejos.
Dr. Mario M. Silva López.*

Expediente Arbitral N° I253-2013-OSCE

55


otro generado por la tramitación del presente arbitraje, y que a la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES SRL debe reintegrar al SERVICIOS DE PARQUES DE LIMA SERPAR S.A. el 50% que le corresponde por concepto de costos y costas del proceso arbitral, cuyo monto asciende a la suma de S/.32,250.00 Soles netos (Treinta y dos mil doscientos cincuenta y 00/100 Soles netos).

Notifíquese a las partes



ALEJANDRO ACOSTA ALEJOS

ÁRBITRO



Martín Gómez Aguilar
Secretario

36
Lima, 17 de febrero de 2016

Señor Doctor

EDGAR MARTÍN GÓMEZ AGUILAR

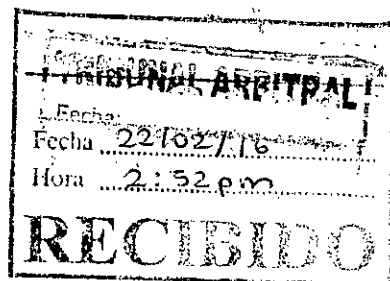
Av. Paz Soldán N°170 Oficina 201

Centro Empresarial El Bosque

SAN ISIDRO.-

(Teléf. 4213123 – 997353030)

Presente.-



Asunto: Arbitraje SERPAR VS. SAN CARLOS
CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.

De mi consideración:

Me dirijo a usted con la finalidad de hacerle llegar 3 ejemplares del laudo arbitral suscrito por mi persona a fin de que se sirva incorporarlo al expediente arbitral y se distribuya entre mis coárbitros.

Asimismo, le remito los cargos de recepción del laudo arbitral al que hago referencia, el cuál ha sido recepcionado por ambas partes conforme a ley.

Atentamente

MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ

Árbitro

Telf.: 242-3143, 9-9628-7413, 9-9331-4871

Calle San Fernando N° 104 Dpto. 202, MIRAFLORES

52

**PROCESO ARBITRAL SEGUIDO POR SERVICIO DE PARQUES DE LIMA
SERPAR CONTRA SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.**

Expediente N°1253-2013/OSCE, de fecha 19/07/2013

CARGO

SERVICIO DE PARQUES DE LIMA
AUTORIDAD METROPOLITANA DE LIMA
OFICINA ADMINISTRACIÓN DOCUMENTARIO

16 FEB 2016

UNIDAD DE TRÁMITE DOCUMENTARIO

Hora N° Exp.

CEDULA DE NOTIFICACIÓN N°022-2015-S

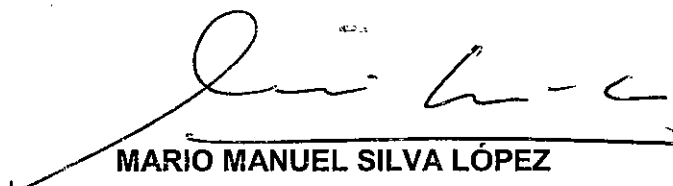
DESTINATARIO: SERVICIO DE PARQUES DE LIMA - SERPAR

Av. Natalio Sánchez N°220 – Oficina 801

Jesús María

Por medio de la presente y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 38° de las reglas fijadas en el Acta de Instalación, cumplo con notificarle mi VOTO para que conjuntamente con el voto singular del Dr. Alejandro Acosta, sea el laudo en mayoría. Mi voto consta de veintisiete (27) debidamente rubricado por mi persona.

Lima, 16 de febrero de 2016.


MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ

ÁRBITRO

58
✓
**PROCESO ARBITRAL SEGUIDO POR SERVICIO DE PARQUES DE LIMA
SERPAR CONTRA SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.**

Expediente N°1253-2013/OSCE, de fecha 19/07/2013

CARGO

CEDULA DE NOTIFICACIÓN N°022-2015-SCCG

DESTINATARIO: SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.

Calle 19 Mz P2, Lote 06 Urbanización Santo Domingo 6ta Etapa Carabayllo

Por medio de la presente y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 38° de las reglas fijadas en el Acta de Instalación, cumplo con notificarle mi VOTO para que conjuntamente con el voto singular del Dr. Alejandro Acosta, sea el laudo en mayoría. Mi voto consta de veintisiete (27) debidamente rubricado por mi persona.

Lima, 16 de febrero de 2016.


MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ

ÁRBITRO

Se deja constancia que el
presente laudo ha sido notificado
en el domicilio procesal: Calle 19
Mz. P2, Lt. 06, Urb. Santo Domingo,
6ta Etapa - Carabayllo.

Pedro Huerta Barrantes
DNI 06820828
Tribunador
16/02/2016

SIBAN EXPRESS	
Servicio de Courier Motorizado	
RUC 10167494063	
Cel 989011428 Telf 677-7796	
SE NOTIFICO BAJO PUERTA	
COLOR DE FACHADAf.l.o.a.o.....
N° PISOS4 piso.....
CARACT PUERTAMo. de la V. F. 1172.....
N° DE SUMINISTRO2322/315.....
FECHA16.1.22/2016.....
HORA14:35.....
NOMBRE DEL NOTIFICADORPedro.....

Lima, 09 de febrero de 2016

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EN MAYORÍA

Expediente N° I 253-2013-OSCE

Demandante:

SERVICIO DE PARQUES DE LIMA - SERPAR

En adelante SERPAR, o la ENTIDAD, o el DEMANDANTE.

Demandado:

SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.

En adelante el SAN CARLOS, o el CONTRATISTA, o la DEMANDADA.

Tribunal Arbitral:

Vicente Tincopa Torres (Presidente del Tribunal Arbitral)

Alejandro Acosta Alejos

Mario Manuel Silva López

Secretaria Arbitral:

Martín Gómez Aguilar

RESOLUCIÓN N° 22

Lima, 09 de febrero de 2016

I.- Convenio Arbitral.

- 60
1. Con fecha 24 de noviembre de 2010, se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra, Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML para la contratación la Ejecución de la Obra "OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN"
 2. La cláusula Vigésima del citado contrato establece lo siguiente:

"CLAUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177, 179 y 181 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

El Laudo Arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

I. Desarrollo del proceso.

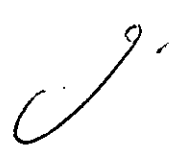
A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral.

1. A las 11:30 horas del día 19 de julio del 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la Oficina Zonal Organismo Supervisor, de las Contrataciones del Estado –OSCE, sito en Edificio El Corregidor N° 108, Residencial San Felipe, Distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima; donde se reunieron Vicente Tincopa Torres, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Alejandro Acosta Alejos, en su calidad de Árbitro, el Dr. Mario Silva López, en su calidad de Árbitro; conjuntamente con el representante de la Empresa San Carlos Contratistas Generales, señor Pedro Martin Fernández Martínez, el representante de Servicios de Parques de Lima, Jorge Luis Arce Mejía, en calidad de responsable de la Dirección de Arbitraje Administrativo OSCE, Natalia Berrocal Gonzales, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral encargado de resolver el presente arbitraje.

En dicha audiencia el Tribunal Arbitral, volvió a ratificar su aceptación al cargo, señalando que no se encontraban sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que le obligara a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes, los que las representan y los que le asisten como abogados.

2. La ENTIDAD dentro del plazo concedido por el Tribunal Arbitral, en el numeral 23 del Acta de Instalación de fecha 19 de julio del 2013, presentó su demanda mediante escrito N° 01 del 09 de agosto del 2013, el cual ingresó en la misma fecha ante la secretaría del Tribunal Arbitral



- 62
3. Mediante Resolución N° 02 de fecha 22 de agosto del 2013, el Tribunal Arbitral admitió la demanda arbitral y corrió traslado de la misma a EL CONTRATISTA, para que la conteste o de considerarlo conveniente formule reconvencción, para lo cual concedió a éste último un plazo de quince (15) días hábiles.
 4. Con Resolución N° 04, de fecha 10 de octubre del 2013, se hizo de conocimiento de la ENTIDAD el error incurrido por el CONTRATISTA al presentar con fecha 20 de setiembre de 2013 ante la OSCE, su escrito de contestación de demanda de fecha 19 de setiembre del 2013, por lo que previo a la calificación de la misma se solicitó saber la posición de la ENTIDAD frente al hecho ocurrido. Absolviendo dicho traslado LA ENTIDAD solicitó que se tenga por no presentada la demanda, por lo que mediante Resolución N° 05 de fecha 18 de octubre del 2013, el Tribunal Arbitral analizado los hechos ocurridos ADMITE a trámite el escrito que contenía la contestación de demanda, reconvencción y excepción de caducidad deducida, por lo que se cumple con correr traslado de la misma a la ENTIDAD.
 5. Mediante Resolución N° 09, de fecha 20 de marzo del 2014, el Tribunal Arbitral, citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día 07 de abril de 2014, a las 4:00 pm.
 6. Asimismo, en la fecha, lugar y hora programada, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de los representantes tanto del demandante como del demandado; así como de los árbitros y secretario arbitral.
- 

7. Asimismo, al no poder arribarse a una conciliación entre las partes, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

De la parte DEMANDANTE

1. Determinar que la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. es responsable por los vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos generados en la ejecución del contrato de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).
2. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. que abone la suma de S/ 517.637.57 (Quinientos diecisiete mil seiscientos treinta y dos y 57/100 Nuevos soles) a favor del Servicios de Parques de Lima –SERPAR, por concepto de reparación de vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos, generados en la ejecución del contrato de obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML"CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).
3. Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. pague los intereses legales del monto reclamado desde la fecha de los vicios ocultos hasta la fecha del laudo.

4. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. el pago de las costas y costos que se determine en el presente proceso.

De la parte DEMANDADA

1. Determinar si en la ejecución del Contrato de Obra de Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML existe o no responsabilidad por vicios ocultos o defectos constructivos por parte de la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL.

2. Determinar si la pretensión accesoria, contenida en la demanda por la suma de S/ 517,632.57 correspondiente al presupuesto base para la reconstrucción de la fuente de soda del parque Huiracocha, corresponde o no directamente a la responsabilidad contractual de la empresa San Carlos Contratistas General SRL, para su determinación y posterior solicitud de reparación.

3. Determinar si a la fecha de la interposición de la demanda arbitral, el derecho de Servicio de Parques de Lima -SERPAR, había caducado legalmente, por no seguirse el procedimiento especial señalado en el artículo 1784 del Código Civil, procedimiento que no regula la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que no cabe llevar adelante o seguirse ningún trámite en sede arbitral y en ninguna instancia judicial ni administrativa.

4. Determinar de acuerdo a las obligaciones contractuales, quien debió haber realizado el expediente técnico de la obra, diseño del proyecto,

65

análisis estructural, estudio de mecánica de suelos de la obra Fuente de Soda del parque Huiracocha.

5. Determinar cuál era la obligación esencial o punto de partida de la empresa San Carlos Contratistas Generales SRL dentro del Contrato de ejecución de obra denominada Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML.

Conforme a lo establecido en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral procedió a admitirlos medios probatorios ofrecidos por las partes:

De la ENTIDAD

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por La ENTIDAD en su escrito de demanda, presentado en fecha 09 de agosto de 2013, identificado en el punto IV de la demanda, Medios Probatorios y signados en los numerales 4.1 al 4.10.

Del CONTRATISTA

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por El CONTRATISTA en su escrito de contestación de demanda y reconvención, identificado en el punto 3.1 Medios Probatorios y signados como anexos 3.11 al 3.1.4.

En dicha audiencia, el Tribunal se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; de acuerdo a lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.

J.

8. Mediante Resolución N° 12, de fecha 07 de julio de 2014, se dispuso la actuación de una pericia de Oficio, no obstante, los constantes requerimientos a las partes, mediante Resolución N° 19, de fecha 20 de noviembre de 2015, el Tribunal Arbitral dispuso dejar sin efecto la pericia ordenada, al amparo de lo dispuesto en el inciso c) del artículo 46° del DL 1071 – Ley que regula el arbitraje y ordenó continuar el proceso arbitral de acuerdo a su trámite regular.
9. Mediante Resolución N° 19, de fecha 20 de noviembre de 2015, se dio por concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presente sus alegatos, citando a Audiencia de Informe Orales, para el día 10 de diciembre del 2015.
10. En la fecha y hora programada, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con presencia de ambas partes, donde cada una de ellas expuso lo conveniente a su derecho.
11. En la referida audiencia el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 20, en la cual concede de forma excepcional cinco (5) a la parte para que presente sus conclusiones de informes orales, estableciendo que concluido dicho plazo, se entenderá como expedito el proceso para laudar y se fija en treinta (30) días hábiles para laudar, los mismo que pueden ser prorrogables en otros treinta (30) días hábiles de forma adicional.
12. Mediante Resolución N° 21, de fecha 25 de enero de 2016, entre otras cosas optó por precisar la fecha en que se empezó a computar el primer plazo para laudar, así como también precisó la fecha en que se empezaría a computar el plazo prorrogable para laudar.

68

13. Atendiendo a ello, el presente laudo es emitido dentro del plazo fijado, teniendo en cuenta que:

- Los plazos se computan en días hábiles.
- Son días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables o los días de duelo nacional no laborables declarados por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.
- La sede del arbitraje se encuentra fijada en la ciudad de Lima.

I. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- CUESTIONES PRELIMINARES.

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 celebrado entre ambas partes del arbitraje.
- ii. Que en momento alguno se recusó alguno de los árbitros, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- iii. Que el DEMANDANTE presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- iv. Que el DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, ejerciendo su derecho a contestarla y reconvenir dentro de los plazos establecidos.



- 68
- v. Que el DEMANDANTE fue debidamente emplazado con la reconvención, ejerciendo su derecho a contestarla dentro de los plazos dispuestos en el Acta de Instalación.
- vi. Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.
- vii. Que de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, 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° 1017, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- viii. Que, el LAUDO ARBITRAL se ha procedido a emitir dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA.

De acuerdo con lo establecido en Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 07 de abril de 2014, y las pretensiones planteadas por ambas partes, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos y las

pretensiones planteadas 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 árbitro 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 la propuso y proporcionó" (1).

El Tribunal Arbitral 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,

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

siendo que la no indicación expresa a alguno de los 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 Tribunal Arbitral 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 Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

POSICIÓN RESPECTO A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

El artículo 41 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, establece que "el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, (...)". Cabe remitirnos al Doctor Carlos Alberto Soto Coaguila quien afirma lo siguiente:

"El principio Kompetenz -Kompetenz, considerado el pilar del arbitraje, es una manifestación del efectivo positivo del convenio arbitral, pues establece el deber de los árbitros de pronunciarse sobre las materias sometidas a arbitraje"²

En tal sentido, corresponde a éste colegiado resolver la excepción de caducidad formulado por el contratista a través de su escrito de fecha 20 de setiembre de

² SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje de 2008*, pagina 25.

71

2013, y dar cuenta si en el presente proceso arbitral se ha extinguido la acción y el derecho de la ENTIDAD, en relación a la controversia surgida.

Respecto a la caducidad en el arbitraje de contratación pública el Dr. Rodríguez³, refiere que la palabra caducidad se deduce como una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho. Igualmente, expresa que la norma legal subordina la adquisición de un derecho a una manifestación de voluntad en cierto plazo o bien permite una opción. Si esa manifestación no se produce **en ese tiempo**, se pierde el derecho o la opción.

Ahora bien, la norma aplicable es el Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que en su artículo 52°, establecía que: “*Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50° de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.*”

Por su parte el artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado señala: “*El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad. El Contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años,*

³ RODRIGUEZ ARDILES, Ricardo (2006) *La caducidad del arbitraje en la Contratación con el Estado*. Lima: Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico, Pág. 334.

72

contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra según corresponda."

La Opinión del OSCE de observancia obligatoria⁴ N° 017-15-PRE GOB. REG. CAJAMARCA de fecha 27 de enero de 2015, respecto al procedimiento que se debe seguir para formular el reclamo por vicios ocultos señala lo siguiente:

El contratista es responsable por los vicios ocultos que afecten a los bienes y servicios ofertados, por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad y por un plazo que no podrá ser inferior a siete (7) años contados a partir de la conformidad de la recepción total o parcial cuando se trate de obras.

Al respecto, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto el procedimiento que se debe seguir a efectos de formular el reclamo por vicios ocultos; no obstante ello, la Entidad, antes del vencimiento de los plazos señalados en el párrafo precedente, debe comunicar al contratista que la prestación ejecutada adolece de presuntos vicios ocultos, con la finalidad que este asuma la responsabilidad que el caso amerite o exponga y sustente los argumentos que estime pertinentes. Una vez efectuada dicha comunicación y cuando de la respuesta del contratista se deriven discrepancias o controversias, estas deberán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje por cualquiera de las partes.

Para el Doctor Mario Castillo Freyre⁵, "La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento han establecido plazos especiales de caducidad para el caso de los defectos o vicios ocultos. Ahora bien, los plazos son establecidos por la Ley de

⁴De acuerdo con la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF

⁵ Castillo Freyre, Mario. "El arbitraje en la Contratación Pública" Editorial Palestra. 2009. Pagina 111

Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por lo que —para este caso concreto— no se presentan los cuestionamientos sobre legalidad de los mismos, a diferencia de los plazos de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 del Reglamento.

En consecuencia, éste Tribunal Arbitral encuentra que la norma de Contrataciones del Estado ampara y regula las materias de responsabilidad por vicios ocultos. Sin embargo, es menester de este Tribunal analizar si la entidad ha cumplido con exigir dicha responsabilidad dentro del plazo concedido por ley o si dicho plazo ha caducado.

El contrato conforme se encuentra acreditado en autos, se suscribió en fecha **24 de noviembre del 2010** - Contrato de Ejecución de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML para ejecutar la Obra "OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha) entre Servicios de Parque de Lima - SERPAR, y la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L.

La recepción de la obra se produjo en fecha **22 de diciembre de 2010**, por lo que la responsabilidad que correspondería al contratista conforme lo prescrito en la norma – esto es - siete (7) años, vence de manera indefectible en fecha **22 de diciembre de 2017.**

Asimismo, de las instrumentales ofrecidas, se advierte que el Servicio de Parques de Lima-SERPAR, mediante Carta Notarial de fecha **21 de setiembre de 2011** (Kardex 81247), solicita a EL CONTRATISTA, subsanar las observaciones existentes en la estructura del piso y otros de la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha, otorgándole un plazo de siete (7) días, para el cumplimiento de dicha observación.

74

Con fecha 09 de noviembre del 2012, mediante Carta Notarial N° 92988, el Servicio de Parques de Lima -SERPAR, pone de conocimiento del CONTRATISTA que la Carta Notarial de fecha 21 de setiembre de 2011 no ha sido subsanada a la fecha de dicha carta; y que incluso de acuerdo a la actualización de la evaluación han determinado que se agravó el problemas de fisuras y grietas, hundimiento y socavación en el ambiente de la Fuente de Soda del parque zonal Huiracocha; concediéndole al CONTRATISTA un plazo de quince (15) días, caso contrario acudirán a los órganos jurisdiccionales. Finalmente, mediante Carta Notarial N° 97273, de fecha 10 de abril del 2013, la ENTIDAD solicita el inicio del arbitraje de derecho.

En consecuencia, al realizar el computo del plazo de 7 años previsto en la ley se evidencia que la Carta Notarial N° 97273 de fecha 10 de abril de 2013 se encuentra dentro del plazo previsto de caducidad, con lo cual el derecho a reclamar la reparación en las, fisuras, grietas, hundimiento y socavación de la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha, no ha vencido.

En tal sentido, corresponde declarar INFUNDADA la excepción deducida por San Carlos Contratistas Generales SRL.

**POSICIÓN RESPECTO AL PETITORIO PRINCIPAL, PRIMERA Y SEGUNDA
PRETENSIÓN ACCESORIA AL PETITORIO DE LA DEMANDA**

Que el Tribunal declare que la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. es responsable por vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos generados en la ejecución del contrato de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA,

75

DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).

Que el Tribunal Arbitral ordene que EL CONTRATISTA pague la suma de S/. 517.637.57 (Quinientos diecisiete mil seiscientos treinta y dos y 57/100 Nuevos soles) a favor del Servicios de Parques de Lima –SERPAR, por concepto de reparación de vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos, derivados de la responsabilidad de EL CONTRATISTA en los defectos constructivos o vicios ocultos.

Que el Tribunal Arbitral ordene que EL CONTRATISTA pague los intereses legales del monto reclamado desde la fecha de los vicios ocultos hasta la fecha del laudo.

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera necesario señalar las siguientes cláusulas del contrato:

Cláusula tercera: marco legal del contrato

En los aspectos y cuestiones que no estén expresamente contemplados en el presente contrato, regirán las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias y el Código Civil vigente.

Cláusula decimo cuarta: responsabilidad por vicios ocultos

La conformidad del bien por parte de LA ENTIDAD no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos, conforme a lo dispuesto por el artículo 50° de la Ley

Cláusula Decimo Tercera: responsabilidad del contratista

El contratista planea y será responsable por los métodos de trabajo y la eficacia de los equipos empleados en la ejecución de la obra, los que deberán asegurar un ritmo apropiado y calidad satisfactoria.

Durante la ejecución de la obra, el contratista está obligado a cumplir los plazos parciales establecidos en el calendario de avance de obra. En caso de producirse retraso injustificado se procederá de acuerdo al artículo 205 del reglamento.

El contratista abrirá en el acto de entrega del terreno, el cuaderno de obras debidamente foliado, el mismo que será firmado en todas sus páginas por el inspector/supervisor y el residente. En este cuaderno de obras se anotaran las indicaciones, ordenes, autorizaciones, reparos, variantes, consultas y anotaciones que consideren convenientemente para la ejecución de la obra.

Teniendo en cuenta el marco contractual y normativo, es preciso señalar la definición de los Vicios ocultos:

Para el Dr. Max Arias Schreiber Pezet⁶ señala que "La noción del vicio oculto está ligada a la existencia de deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquiriente a su adecuada utilización."; el mismo autor citando a Tartufari indica que, "(...) por vicio o defecto debe precisamente entenderse cualquier anormalidad o imperfección y cualquier deterioro o avería que se encuentre en la cosa, que perjudiquen más o menos la aptitud para el uso o la bondad o integridad. Para hablar propiamente, defecto implicaría todo lo que le falta a la cosa para existir de un modo plenamente conforme a su naturaleza, y por eso actuaría en sentido negativo; vicio, en cambio, serviría para designar cualquier alteración sin la cual la cosa sería precisamente como debe ser normalmente, y por eso obraría en sentido positivo (...)"

El Dr. Manuel de la Puente y Lavalle que define los vicios ocultos de la siguiente manera:

⁶ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.; Primera Edición, 2006, página 310.



*"(...) pues la doctrina es unánime en considerar que ellos 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 adquirente"*⁷

Como se aprecia, la doctrina civil emplea la figura de los vicios ocultos para toda clase de bienes, muebles o inmuebles, sin efectuar distinción alguna; no obstante ello, la normativa de contrataciones del Estado dispone que el contratista es responsable por los vicios ocultos que afecten a los bienes y servicios ofertados, por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad y por un plazo que no podrá ser inferior a siete (7) años contados a partir de la conformidad de la recepción total o parcial cuando se trate de obras⁸.

Cabe precisar, el citado autor, Manuel De La Puente Y Lavalle⁹ desarrolla los requisitos que debe reunir el vicio; precisando que el mismo debe ser "oculto", por la imposibilidad de conocerlo inmediatamente en la que se encuentra el adquirente; "importante", por no permitir que el bien sea destinado a la finalidad para la cual fue adquirido; y, "preexistente" a la transferencia o concomitante con ella aun cuando sus efectos se manifiesten después.

En tal sentido, los vicios ocultos se presentan cuando la prestación adolece de defectos cuya existencia es anterior o concomitante al momento en el que la Entidad emite la conformidad y que no pudieron ser detectados en dicha

⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL; "El contrato en General" biblioteca para leer el Código civil, volumen xv, segunda parte- Tomo VI, página 418.

⁸ De conformidad con lo señalado en la Opinión N° 003-2013/DTN, la Entidad puede establecer plazos mayores de responsabilidad del contratista; es decir, puede establecer plazos mayores a un (1) año cuando se trate de bienes y servicios, o plazos mayores a siete (7) años cuando se trate de obras, debiendo prever tal plazo en las Bases para que surta efectos frente al contratista.

⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Lima: Palestra Editores S.R.L., 2001, pág. 535-540.

oportunidad, siempre que dichos defectos no permitan que el bien, servicio u obra sea empleado de conformidad con los fines de la contratación.

Teniendo en consideración las definiciones propuestas y lo pactado en el contrato, el deber de saneamiento del contratista le obliga a tener que subsanar todo defecto que padezca con el fin de que se cumplan con lo pactado. Por lo que corresponde a este Tribunal Arbitral determinar si existen vicios ocultos y si el contratista San Carlos Contratistas Generales es responsable de dichos vicios ocultos teniendo en cuenta los medios probatorios aportados por las partes.

El dictamen pericial Técnico que tuvo como objeto la determinación de daños estructurales y presupuesto de reparación de la fuente de soda, vías de acceso y sistemas de bombeo de piscina recreativa, piscina semiolímpica del parque zonal Huiracocha, realizada por el Colegio de Ingenieros del Peru a través de los peritos Ing. Vitalino Adrian Manrique Sipan, Ing. Gilberto Esteban Leon Ruiz y el Ing. Luis Manuel Martínez Lujan estableció lo siguiente:

8. ANÁLISIS

FUENTE DE SODA Y VISITA DE ACCESO

Recibido el Estudio de Suelos solicitado a la Universidad Nacional de Ingeniería, se pudo verificar las causas que provocaron las situaciones encontradas en la Fuente de Sodas (FS), vías de acceso a esta y terrazas alrededor de las piscinas: recreativa y semiolímpica.

Dado que el contratista constructor no retiro convenientemente el material relleno existente (conformado por gravas arenosas, limosas con presencia de cascotes de ladrillos, restos de papeles, plásticos, telas, etc. en el estado semisuelto o semicompacto, mas allá de los 3.00m estudiados tanto en la zona de la fuente de soda, como en sus vías de acceso) su presencia en las cimentaciones superficiales, como en

la base de la carpeta asfáltica es inadmisibile y debe ser totalmente retirada, en ambos casos colocándose material de préstamo seleccionado y tratado apropiadamente.

Con respecto a la condición encontrada en las terrazas adyacentes a las piscinas: semi olímpica y recreativa, se tiene que debajo de la losa de concreto, entre la cota 0.10 y 0.18m existe afirmado en estado semi compacto húmedo y material relleno deleznable húmedo, material arenoso húmedo o grava areno-limosa, también húmeda. Ello ha dado lugar a que se evidencien separaciones entre la losa y el suelo (cangrejeras) que han lesionado por peso propio la superficie de circulación, ofreciendo un mal aspecto. En similar condición deben hallarse las tuberías de abasto y recirculación, las que no se han podido descubrir en su totalidad por estar enterradas alrededor de dichas construcciones.(...)

9. OBSERVACIONES

FUENTE DE SODA Y VÍAS DE ACCESO

Es importante resaltar que existían suficientes elementos técnicos que de haberse cumplido, habrían evitado suficientemente los daños hallados a las construcciones estudiadas.

Las especificaciones Técnicas señalaban que la cimentaciones deberían apoyarse en terreno natural. De no apoyarse en terreno natural se realizaría una falsa zapata de concreto cipropeo $f_c=100\text{kg/cm}^2$ con 30% de piedra grande de max. 6". Antes del llenado del concreto de la cimentación, de la colocación de las armaduras respectivas en cimientos armados deberá contarse con la aprobación escrita de la inspección de la obra".

Esto no se ha cumplido, pues no hay evidencia en ningún Cuaderno de Obra.
(...)

No se ha cumplido a cabalidad con lo señalado en los planos de obra (...)

La pericia de parte presentada por el contratista en su escrito de Alegatos de fecha 16 de diciembre de 2015, realizada por el Ing. Percy Manuel Molina Quispe, cuyo objeto estaba referido a las causas de las fallas estructurales, pisos y vías de acceso

a la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha no puede ser considerada en el laudo arbitral, debido a que la misma fue presentada después que el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 19 de fecha 20 de noviembre de 2015, dispusiera cerrar la etapa probatoria (no fue reconsiderada por el contratista) y que se fijara plazo para laudar a través de la Resolución N° 20 de fecha 10 de diciembre de 2015.

Cabe señalar que, todos los demás medios probatorios que tratan sobre la responsabilidad del contratista por los vicios ocultos, no han desvirtuado el valor de la pericia del Colegio de Ingenieros.

En ese sentido, el dictamen pericial elaborado por el Colegio de Ingenieros del Perú demuestra que nos encontramos ante un vicio oculto, debido a que los defectos constructivos generados por el contratista no pudieron ser perceptibles al momento de la entrega y conformidad de la obra.

Respecto al monto que le corresponde a la Entidad por la reparación de la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha:

- En el Informe N° 033-2012-2-0434 la Entidad señala que el valor de inversión de la reparación de las deficiencias constructivas de la Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha que le corresponde la empresa San Carlos Contratistas Generales SAC equivale a S/. 165 200.00 soles.
- En la pericia de parte del contratista efectuada por el Ing. Eddy Walter CCoica Pacheco (pericia que tiene como base, aquella ofrecida como medio probatorio por Serpar, y que fue realizada por el Colegio de Ingenieros del Peru a través de los peritos Ing. Vitalino Adrian Manrique Sipan, Ing. Gilberto Esteban Leon Ruiz y el Ing. Luis Manuel Martínez Lujan) se

21
/

establece que el presupuesto para la obra Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha asciende a S/. 165.200.00 soles.

En tal sentido, los medios probatorios aportados por las partes generan convicción de que existe responsabilidad del contratista San Carlos Contratistas Generales SRL, por vicios ocultos, siendo que por concepto de reparación de los mismos corresponde que le pague al Servicio de Parques de Lima – SERPAR la suma de S/. 165 200.00 soles.

Ahora bien, habiéndose determinado responsabilidad del Contratista, respecto de vicios ocultos, corresponde que sobre el monto determinado para hacer la reparación de los mismos, se agreguen los respectivos intereses legales.

Por lo que, corresponde declarar fundada la primera pretensión principal, fundada en parte la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal y fundada la segunda pretensión accesoria de la primera primera pretensión principal.

POSICIÓN RESPECTO A LA RECONVENCIÓN FORMULADA EL CONTRATISTA

Que el Tribunal ordene que la Entidad Servicios de parques de Lima SERPAR S.A. le pague la suma de S/. 300,000.00 soles por los daños y perjuicios que le ha ocasionado la entidad.

El contratista ha solicitado el pago de los daños y perjuicios que se le estaría ocasionando la Entidad.

9-

82

Al respecto, 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".

Ahora bien, 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. En ese sentido, corresponde a quien sostiene haber sufrido un daño la carga de probar el daño, su cuantía y el nexo causal que debe existir entre la conducta antijurídica y el daño sufrido.

De los medios probatorios aportados el demandado se evidencia que no ha cumplido con su deber de acreditar de manera suficiente los daños y perjuicios reclamados de tal manera que generen certeza en el juzgador.

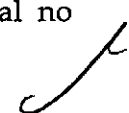
Por lo tanto, no habiendo la parte demandada cumplido, con acreditar los daños y perjuicios cuya indemnización solicita de manera suficiente de forma tal, que genere la convicción, corresponde declarar infundada esta pretensión.

POSICIÓN RESPECTO A LAS COSTAS Y COSTOS

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa San Carlos Contratistas Generales S.R.L. el pago de las costas y costos que se determine en el presente proceso.

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 establece que si el convenio arbitral no

24



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 no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional sobre dicho aspecto atendiendo a la conducta procesal de las partes y las normas que regulen dicho supuesto en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, bajo el mismo razonamiento y línea interpretativa, siendo legítima la controversia entre las partes, ambas deben asumir los costos del proceso arbitral en las partes proporcionales que les fueran ordenadas mediante las resoluciones respectivas de pago. Asimismo, en tanto las costas obedecen a la propia diligencia de las partes para enfrentar las controversias con una adecuada defensa legal, ambas son responsables de las costas que hayan asumido para dicho fin.

En ese sentido, en este el laudo arbitral se considera que ambas partes asuman los pagos y conceptos de gastos arbitrales correspondientes.

Así las cosas, debe considerarse además que mediante Resoluciones N° 09 de fecha 20 de marzo de 2015, y Resolución N° 16 de fecha 20 de julio de 2015, se dejó constancia de la cancelación vía subrogación de los honorarios arbitrales de cargo del Contratista, por parte la Entidad. En tal sentido, corresponde que dicho monto asumido por la Entidad sea devuelto por el Contratista, por lo que, ésta deberá cancelar en vía de devolución a favor de Serpar la suma ascendente a S/. 32,250.00 Soles.



Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral en mayoría, en DERECHO,

LAUDA

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD** formulada por la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión del demandante, en consecuencia, el Tribunal Arbitral declara que la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. es responsable por vicios ocultos o defectos constructivos o fallas constructivas o errores constructivos generados en la ejecución del contrato de Obra Licitación Pública N° 002-2010/CEO/SERPAR-LIMA/MML "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS DE AGUA, DESAGÜE Y ELECTRIFICACIÓN" (Componente 23 – Fuente de Soda del Parque Zonal Huiracocha).

TERCERO: Declarar **FUNDADA FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal, en consecuencia, se ordena a la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES SRL el pago de S/. 165 200.00 Soles (Ciento sesenta y cinco mil doscientos y 00/100 Soles).

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión accesoria de la primera primera pretensión principal, en consecuencia, se ordena a la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES SRL el pago de los intereses legales del monto reconocido a favor de SERVICIOS DE PARQUES DE LIMA SERPAR S.A.

TERCERO.- DISPÓNGASE en relación a los costos arbitrales, que ambas partes asuman en forma proporcional los costos arbitrales decretados, así como cualquier

85

otro generado por la tramitación del presente arbitraje, y que a la empresa SAN CARLOS CONTRATISTAS GENERALES SRL debe reintegrar al SERVICIOS DE PARQUES DE LIMA SERPAR S.A. el 50% que le corresponde por concepto de costos y costas del proceso arbitral, cuyo monto asciende a la suma de S/ .32,250.00 Soles netos (Treinta y dos mil doscientos cincuenta y 00/100 Soles netos).

Notifíquese a las partes

ALEJANDRO ACOSTA ALEJOS

ÁRBITRO


MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ

ÁRBITRO

Martín Gómez Aguilar
Secretario