

*Laudo Arbitral de Derecho
Árbitro Único:*

Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Lima, 21 de noviembre de 2016

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

EXPEDIENTE NRO: S.019-2013

Demandante:

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO - INPE

En adelante **INPE**, el **DEMANDANTE**, o el **INSTITUTO**.

Demandado:

CONSORCIO TARAPACA JIT

En adelante la **DEMANDADA**, el **CONSORCIO** o la **CONTRATISTA**.

Árbitro Único:

Juan Jashim Valdivieso Cerna

RESOLUCIÓN N° 30

Lima, 21 de noviembre de 2016.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 15 de diciembre de 2010, se suscribió el Contrato de Licitación Pública N° 001-2010-INPE/DGI para la Ejecución de la Obra “Acondicionamiento y Ampliación del Establecimiento Penitenciario de Mujeres Tarapacá Etapa II”, entre el INPE y el Consorcio.

La cláusula Vigésimo Tercera, del Contrato establece lo siguiente:

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones con el Estado, bajo la organización y administración de los órganos del sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su reglamento."

Como consecuencia de las controversias relacionadas con el Contrato de Licitación Pública N° 001-2010-INPE/DGI para la Ejecución de la Obra "Acondicionamiento y Ampliación del Establecimiento Penitenciario de Mujeres Tarapacá Etapa II", el INPE procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada cláusula Décimo Sexta del Contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Árbitro Único

- 
1. Con fecha 4 de febrero de 2013, la entidad presenta su demanda arbitral, y se corrió traslado al contratista con fecha 6 de marzo de 2013 presentó su contestación. Posteriormente con fecha 16 de junio de 2013 se designó al árbitro único, dicha designación la realizó el organismo supervisor de las contrataciones del Estado.

 2. El día 22 de agosto de 2013, se realizó en la sede institucional del organismo supervisor de las contrataciones del Estado la audiencia de instalación del árbitro único, a la cual asistieron las partes.

3. Mediante Resolución N° 01 con un se otorgó un plazo adicional a las partes a fin de que cancelen los honorarios arbitrales.
4. Mediante Resolución N° 02 se ordenó el archivo de las actuaciones arbitrales por falta de pago.
5. Mediante Resolución N° 03 se corre traslado del recurso de reconsideración presentada por el consorcio referido al pago de honorarios.
6. Mediante Resolución N° 04 se tuvo por presentado el escrito de absolución a la reconsideración presentada por el Consorcio, la misma que fue declarada infundada, sin perjuicio de ello se otorgó un plazo adicional a fin de que el Consorcio asuma el pago de los gastos arbitrales.
7. Mediante Resolución N° 05, se tuvo por cumplido el pago de los honorarios arbitrales, asimismo se citó a las partes a la audiencia de determinación de puntos y adiciones de probatorios, para el día martes 11 de marzo de 2014 a las 4:30 horas.

8. El día y hora programada se realizó la audiencia citada, a la cual asistieron las parte. En dicha audiencia se fijó como punto controvertido el siguiente:

“Determinar si corresponde o no que el CONTRATISTA pague a la ENTIDAD la suma de S/. 24,181. 46 Nuevos Soles más intereses, por concepto de vicios ocultos.”
9. Mediante Resolución N° 06 emitida en la audiencia, el Árbitro ratificó la decisión de la Secretaría y tuvo por NO presentado el escrito presentado por consorcio con fecha 6 de marzo de 2013,

sobre la contestación de demanda y excepción de obscuridad o ambigüedad en la forma de proponer la demanda.

10. Mediante Resolución N° 08, se tuvo por cumplido los documentos solicitados en la audiencia, por parte del Consorcio. Asimismo se ordenó la actuación de una pericia de oficio.

11. Mediante Resolución N° 09, se tuvo presente los alcances de la pericia presentada por el Consorcio, asimismo se corrió traslado al Instituto con el escrito presentado por el consorcio con fecha 13 de mayo de 2014, para que manifieste lo conveniente a su derecho. Finalmente en dicha Resolución se tuvo presente que el Instituto cumplió con presentar los documentos solicitados en la audiencia de fecha 11 de marzo de 2014.

12. Mediante Resolución N° 10 se dispuso el objeto de la pericia; asimismo se designó como perito al ingeniero Fernando Campos.

13. Mediante Resolución N° 11, se dispuso otorgar al perito designado un plazo de cinco días a fin de que precise sus honorarios, el tiempo de demora de realización del pericia, así como establezca su metodología de trabajo.

14. Mediante Resolución N° 12 se requirió las partes a que cancelen los honorarios del perito, asimismo mediante Resolución N° 13 se corrigió la Resolución N° 12 y se otorgó a las partes un plazo a fin de que cumpla con cancelar los honorarios del delito.

15. Al respecto mediante Resolución N° 14 se dejó constancia de que el Instituto pagó totalmente la parte que le correspondía de los honorarios del perito.

16. Mediante Resolución N° 15 se tuvo por cumplido el pago de la pericia por parte de la Entidad, por lo que se requirió las partes tiene presenten los documentos solicitados por el perito.
17. Mediante Resolución N° 16 se tuvo por presentada la documentación solicitada por el perito, otorgándose a ambas partes un plazo para que cumpla con presentar los documentos requeridos por el perito con fecha 24 de septiembre de 2014.
18. Mediante Resolución N° 17 se reiteró las partes lo solicitado mediante Resolución N° 16. Mediante Resolución N° 18 se otorgó a ambas partes un plazo final a fin de que presenten copia de planos y otros documentos. Mediante Resolución N° 19 el Instituto cumple con presentar copia de los planos requeridos. En tal sentido, se dispuso que el plazo para la elaboración de la pericia empezaría a computarse desde la fecha de notificación al perito con la Resolución 19.
- 
19. Mediante Resolución N° 20, se otorgó a las partes un plazo adicional para cumplan con presentar copia de los planos de acuerdo a lo solicitado por el perito, en tal sentido se dispuso suspender el inicio del plazo para la elaboración de la pericia.
20. Al respecto el Instituto cumple con remitir copia de los referidos planos disponiéndose, mediante Resolución N° 21, que empezaría computarse el plazo de la pericia.
21. Posteriormente, con fecha 16 de noviembre el perito cumple con presentar su informe pericial, al respecto mediante Resolución N° 22 se tuvo presente dicha pericia y se otorgó al Consorcio un plazo a fin de que cumpla con cancelar el saldo de la pericia.

22. Mediante Resolución N° 23 se tuvo por cancelado el pago de los honorarios del perito, en tal sentido, se puso conocimiento de las partes del informe pericial.
23. Posteriormente, mediante Resolución N° 24 se puso conocimiento del perito las observaciones planteadas por el Instituto contra el informe pericial. En relación a ello mediante Resolución N° 25 se citó a las partes a audiencia de sustentación de pericia para el día 1 de julio de 2016.
24. El día y hora programada se realizó la audiencia especial de sustentación de pericia con asistencia de las partes y el perito designado.
25. Mediante Resolución N° 26 se declaró concluida la etapa probatoria otorgándose las partes un plazo para que cumplan con presentar sus alegatos, y citándose a las partes a la audiencia de informes orales.
- 
26. El día 16 de septiembre de 2016, en la sede institucional del OSCE se realizó la audiencia de informes orales con asistencia únicamente del demandado. En dicha audiencia se fijó el plazo para laudar. Asimismo en el acta de la audiencia de informes orales se emitió la Resolución N° 27 en la que se dejó constancia que el contratista presenta sus alegatos, sin embargo la Entidad no cumplido con ello.
27. Mediante Resolución N° 28 se tuvo presente la documentación presentada por el Contratista con fecha 26 de septiembre de 2016, la cual sería tomada en cuenta solamente de manera informativa.

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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

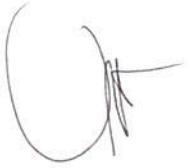
- 
- (i) Que, el Árbitro Único se eligió de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
 - (ii) Que, en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestos.
 - (iii) Que, el INPE presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
 - (iv) Que, la demandada fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda, deduciendo excepción, sin embargo dichos documentos fueron presentados de manera extemporánea.
 - (v) 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 oralmente ante el Árbitro Único.
 - (vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el 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 dispuesta, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objeter conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
 - (vii) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

- 
1. De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en el presente caso, corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.
 2. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único 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 árbitro respecto de tales hechos.
 3. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser 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 lo propuso o lo proporcionó”¹

- 
4. El Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado; por lo que, el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

 5. Adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Árbitro Único, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados.

2.1 POSICIONES DE LAS PARTES

A. Posición del INPE

1. El INPE señala que con fecha 20 de junio de 2013, la administración del penal Virgen de Fátima comunicó a la Oficina

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

de Infraestructura Penitenciaria que la saturación del pozo séptico donde por medio de dos electrobomba de 2.5HP sumergibles son expulsados los residuos hacia la red de desagüe externo de la calle, debido a que la cantidad de residuos sólidos sobrepasa la capacidad del sistema de trituración y expulsión en las mencionadas electrobombas, ocasionando constantes rebalses de las aguas servidas atentando contra la salud de la población del penal y el personal en su conjunto; así la Entidad señala que la administración del Penal solicitó además con carácter urgente la coordinación con el Consorcio para la solución de los desperfectos.

- 
2. Asimismo, la Entidad señala que el encargado de la administración del establecimiento penitenciario Virgen de Fátima, hace de conocimiento a la Oficina de Infraestructura Penitenciaria que la electrobomba sumergible utilizada para la expulsión de residuos de desagüe del pozo séptico se encontraba inoperativa.
 3. En tal sentido el demandante resalta que tanto la solicitud de mantenimiento o reparación de las bombas sumergibles fueron reiteradas al jefe de la oficina de infraestructura el 24 de septiembre de 2013. Al respecto, la Entidad señala que la Unidad de Obras y Equipamiento, mediante informe, comunicó a la Oficina de Infraestructura del colapso del sistema de aguas servidas del penal, indicando que se han observado problemas en las bombas del pozo séptico por mal funcionamiento y por tanto se recomienda, en cumplimiento de las garantías de la ejecución de obra, se aperciba el Contratista para que solucione el problema presentado.
 4. En tal sentido, la Entidad señala que mediante carta notarial de fecha 21 de septiembre de 2012, requirió al Consorcio para en el

plazo de 24 horas, envíe un equipo de profesionales a fin de realizar la verificación que corresponda, identificando las causas de la inoperatividad sistema de aguas servidas y de ser necesario el reemplazo de los equipos que han dejado de funcionar; requerimiento que, según la Entidad no fue atendido por el Consorcio. Por otro lado la Entidad señala que en el contrato se especificó la responsabilidad de las obligaciones del Contratista, estableciéndose un periodo de responsabilidad de la obra.

5. Asimismo, la Entidad señala que los vicios ocultos son posibles defectos que pueden tener el objeto del contrato, que puede ser un bien, servicio de obra, que no son reconocibles al momento de efectuarse su entrega o prestación. A decir de la Entidad, la existencia de estos defectos o vicios ocultos faculta a la Entidad para ejercer una serie de acciones contra el Contratista, que pueden ir desde la Resolución del contrato hasta la modificación de las condiciones del mismo, así como el resarcimiento de daños y perjuicios.

6. Finalmente la Entidad señala que los desperfectos presentados por la electrobomba sumergible utilizada para la expulsión de residuos del pozo séptico, comenzaron con posterioridad a la firma del acta de recepción de la obra, y en la cual se especificó que el Comité no se responsabiliza por los vicios ocultos de construcción, ni tampoco de las deficiencias que con posterioridad a la firma del acta se decretara, siendo responsabilidad del contratista, a decir de la entidad, repararlas a su puesto de acuerdo a la garantía de obras de siete años. En relación a ello, la Entidad señala que los desperfectos fueron verificables con fecha 14 de septiembre del año 2013, 10 meses después de la suscripción del acta de recepción.



B. POSICIÓN DEL CONSORCIO

1. El Contratista rechaza la imputación sobre el vicio oculto en el contrato de obra referido concretamente al rendimiento de las dos electrobombas sumergibles por la que se atribuye el supuesto vicio oculto en su funcionamiento.
2. Al respecto, el Contratista señala que la pretensión de la Entidad se fundamenta en los documentos internos, lo que no prueba de sus afirmaciones, sino más bien relata un hecho concreto identificado por ella misma que es la saturación del pozo séptico la cual se encuentra así debido a la cantidad de residuos sólidos que sobrepasan la capacidad del sistema de trituración y expulsión de las electrobombas.
3. A decir del Contratista se sobreentiende que los residuos sólidos son desechados por la población del penal.
4. Por otro lado el Contratista señala que la propia directora del penal y la administradora describen en el punto N° 01 del oficio remitido al Jefe de Oficina de Infraestructura Penitenciaria de fecha 20 de junio de 2012, una situación que es la causante del no funcionamiento de las electro bombas sumergibles. Tanto la Directora como la administradora, según señala el contratista, narran que debido a la cantidad de residuos sólidos es que se sobrepasa la capacidad del Sistema de Trituración y expulsión, lo que origina el recalentamiento y el quemado del embobinado interno de las electrobombas.
5. Asimismo, el Contratista señala que no existe vicio oculto cuando la causa del desperfecto de una maquinaria o un equipo son



dañados por exceso y magnitudes de los residuos sólidos en el caudal de desagüe.

C. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

EN RELACIÓN AL PUNTO CONTROVERTIDO ÚNICO

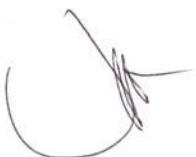
1. En primer lugar, este Árbitro Único considera conveniente establecer una definición de vicio oculto, sus características y en qué momento se configura a fin de determinar si la pretensión planteada es amparable o no.
2. Al respecto, el vicio será oculto, por antonomasia, cuando no pueda ser detectado sino por un especialista de la construcción. Más aún la jurisprudencia francesa establece que cuando el vicio puede ser normalmente detectado por un profano, pero no así evaluando en la grave magnitud de sus consecuencias, no se constituye en vicio aparente sino en vicio oculto. Esto es, puede ser que el propietario aprecie las ranuras desniveles e imperfecciones que acusen las vidas del techo de la casa pero no la nefasta consecuencia de derrumbamiento que puede sobrevenir más tarde. El vicio será entonces un vicio oculto².
3. Del mismo modo, José María Abella sobre los vicios ocultos propone una definición y algunos requisitos para su configuración, los cuales pasamos a exponer:

“El vicio oculto se puede entender como que la cosa común tiene algún defecto, o como que carece de determinadas cualidades

² AQUINO, José Ángel derecho de la construcción INTEC Santo Domingo. República Dominicana 2001. 52. Pág.

que se le presuponía, con lo que tiene un valor negativo (en ambos casos) respecto a lo que se pensaba en un principio. En definitiva el vicio oculto no lo debe conocer, y será fácilmente reconocible por el adquiriente de la cosa dividida. (...)

a) que el vicio consiste en una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad; b) que es preciso que el vicio sea anterior a la venta aunque su desarrollo sea posterior; c) que es preciso que el vicio no fuera conocido por el adquiriente, ni cognoscible por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto; d) que ha de ser de tal naturaleza que haga la cosa imprópria para el uso a que la destina o disminuya de tal modo este uso que de haberlo conocido el comprador no la hubiera adquirido o habría dado menosprecio, es decir que no se trata que sea inútil hará todo uso sino para aquel que motivó la adquisición, si nada le hubiere pactado sobre el destino, debiendo entenderse que la cosa fue comprada para aplicarla al uso más conforme con su naturaleza y más en armonía con la actividad a que se dedicaba el adquiriente”³

- 
4. Por otro lado Manresa y Navarro califica al vicio oculto como un caso de error, donde el adquiriente adquiere por error la cosa con el vicio oculto, ya que si hubiera estado a la vista no le hubiera pasado inadvertido, y en consecuencia carecería de la acción pertinente para que se le compensara⁴.

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

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

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

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

- 
6. Cabe indicar también, que para el ingeniero Jorge Donayre Ordinola la figura de los vicios ocultos son defectos constructivos, al respecto señala lo siguiente: "Los vicios ocultos o defectos constructivos es un tema previsto en nuestra legislación; en la ley de contrataciones pero especialmente en el código civil peruano. (...)" (Jorge Donayre Ordinola Los vicios ocultos y el arbitraje en la ejecución contractual de obras públicas. Recurso web)

7. El jurista nacional, Mario Castillo Freire señala que:

⁵ PAYET, José Antonio biblioteca para leer en el código civil volumen VIII tomo II fondo editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú tercera edición Lima Perú 1997 Pp936-938

"De manera general podemos decir que el saneamiento por vicios ocultos se construye sobre la base de la lealtad que debe regir toda relación contractual."⁶

8. Para este Árbitro Único el vicio se traduce en un error, el cual puede ser intelectual y material, en el caso en el que se presente el expediente técnico o proyecto de una obra será intelectual, y del mismo modo en caso la obra presente un defecto constructivo o se haya utilizado erróneamente los materiales, será material. El presente punto controvertido materia de conflicto de se funda en el hecho de que habría existido un vicio material, es decir que el vicio se expresó a través del defecto en el Sistema de Impulsión de Aguas Servidas del penal.
9. Por otro lado, el artículo 50° la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

"El contratista es el responsable de la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios a por un plazo no menor de un año contado a partir de la conformidad de la entidad. El contrato podrá establecer excepciones de bienes fungibles y son perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecúe a este caso. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete años, contados a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda."

⁶ CASTILLO FREYRE, Mario - SABROSO MINAYA, Rita. El Arbitraje en la Contratación Pública Pp. 103

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

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

11. En este punto de análisis, conviene que este Árbitro Único analice si efectivamente se configuró un vicio oculto. En relación a ello, se advierte que el contrato materia de litis fue suscrito el 15 de diciembre por un plazo de 180 días calendarios contados a partir de la entrega, posteriormente con fecha 16 de diciembre de 2011, se suscribió el acta de recepción de obra en la que se indica que los trabajos se encontraban culminados al 100%, en tal sentido, los desperfectos en el Sistema de Impulsión de Aguas Servidas debió darse después de la fecha de entrega de la obra, es decir luego del 16 de diciembre de 2011.

12. En relación a ello, este Árbitro Único dispuso la actuación de una pericia de oficio la cual fue materia de análisis del perito Ing. Campos Rosemberg y se realizó bajo el siguiente objeto:

"Que el perito determine técnicamente si el CONSORCIO TARAPACA JIT cumplió o no con lo establecido en el contrato en el expediente técnico, respecto a la partida de desagüe y a las bombas sumergibles del sistema de impulsión de aguas servidas

instaladas en la obra de acondicionamiento de ampliación del establecimiento penitenciario Tarapaca II ”.

13. Al respecto, cabe precisar que la pericia es aquel medio de prueba que puede ser ofrecido por cualquiera de las partes para que una persona ajena al proceso arbitral y/o entorno de los sujetos de la relación contractual emitan su opinión calificada respecto de algún punto o materia que escapa al entendimiento del árbitro y que debe necesariamente formar convicción en aquél⁷.

14. Asimismo, el doctor Jairo Parra establece que:

“El dictamen pericial es un medio prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate, hace dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos.”⁸

15. De la misma manera, el profesor Rioja Bermúdez señala que:

“La actividad a realizar del perito designado tiene por finalidad obtener certeza con relación a las afirmaciones respecto de los hechos alegados por las partes y por lo tanto consiste en la verificación de los hechos controvertidos en el proceso, por ello se señala que la actividad del perito no está destinada a la búsqueda de los hechos ni de fuentes de prueba, los peritos no investigan.”

⁷ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. El arbitraje Ad Hoc en las Contrataciones del Estado. En: Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2010. Pág. 182.

⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Séptima Edición. En: Ediciones Librería, 1997. Pág. 180.

Cualquier materia de especialización se encuentra sujeta a la realización de la revisión pericial.⁹

16. Igualmente, el doctor Gómez Lara pronunciándose sobre la utilidad de una pericia sostiene lo siguiente:

"La prueba pericial se hace necesaria en el proceso cuando en el proceso, para observar, para examinar el hecho que se trata de demostrar, se requieren conocimientos científicos, o bien, la experiencia de la práctica cotidiana de un arte o de un oficio. La prueba pericial es el medio de confirmación por el cual se rinden dictámenes acerca de la producción de un hecho y sus circunstancias conforme a la legalidad."¹⁰

17. Finalmente, Liebman respecto a la finalidad de la pericia establece que:

"tiene por finalidad de integrar los conocimientos del juez en los casos en los que para percibir o valorar una prueba son necesarios conocimientos técnicos de los cuales no está provisto. Cuando en un proceso se presentan problemas de tal naturaleza, el consultor técnico es llamado a asistir al juez en su actividad con dictámenes o relaciones no vinculantes."¹¹

18. Como se puede advertir, el perito al momento de emitir su dictamen pericial, tiene que ser objetivo e imparcial, ello con la finalidad de colaborar con el órgano jurisdiccional en la búsqueda

⁹ RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. El nuevo proceso civil. Editorial Adrus. Pág. 585.

¹⁰ GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. En: Editorial Trillas. México, 1989. Pág. 104.

¹¹ LIEBMAN, Tilio Enrico. Manual de Derecho Procesal Civil. En: Ediciones Jurídica Europa – América, 1973. Pág. 300.

de la verdad acerca de los hechos o factores puestos a su conocimiento. Es imprescindible entonces que el perito garantice la objetividad en la actuación pericial, pues su función es contribuir a formar la convicción judicial, razón por la cual, con la ausencia de independencia, objetividad e imparcialidad del perito, se estaría vulnerando la objetividad de una pericia toda vez que ello pondría de manifiesto alguna circunstancia que comprometa la imparcialidad –y la imparcialidad- del experto.

19. Que habiendo determinado la pericia de oficio, este Árbitro Único considera que el dictamen se ha realizado tomando en cuenta la documentación necesaria y con la calificación técnica necesaria, por tanto considera el análisis y las conclusiones arribadas por el perito.

20. Consecuentemente, se advierte que en el análisis realizado por el perito se indica claramente que:

"La carta N° 074-2011-SO-OCD/JM-CT/DGI-INPE del 17.08.11 elaborado por el Consorcio Supervisor y dirigida a la Dirección General de Infraestructura del INPE, antes de la terminación de la obra, señala textualmente: "(...) En primer lugar debemos manifestar que las deficiencias señaladas en el sistema de desagüe son de pleno conocimiento de la Entidad (se anexan copias del cuaderno de obra alcanzadas a través de los informes mensuales), y se origina por el mal uso de dicho sistema por los usuarios al arrojar desechos que producen atoros e inclusive podrían determinar en su oportunidad fallas en las bombas de succión. Sin embargo es necesario señalar que estos trabajos no están considerados en el expediente de contratación y originará un presupuesto adicional."



21. Asimismo, en su dictamen pericial, el perito concluye lo siguiente:

- “*Desde el punto de vista estrictamente técnico el Contratista CONSORCIO TARAPACA II cumplió con lo especificado respecto de las redes de desagüe y las bombas sumergibles para la eliminación de aguas servidas con sólidos en suspensión, debiendo justificar la razón por la que la adquisición de las bombas se efectuó mediante una empresa no especializada en este rubro y en la ciudad de Ayacucho.*
- *Las fallas en el sistema de eliminación de sólidos en las redes de desagüe debió ser prevista a más tardar en el proceso de ejecución de las obras, por cuanto la forma de actuar de las reclusas es de conocimiento de las autoridades del INPE.”*

22. Por lo expuesto, se advierte que mediante carta N° 074-2011-SO-OCD/JM-CT/DGI-INPE de fecha 17 de agosto de 2016, el Consorcio Supervisor de la Obra – representante de la Entidad en la Obra - comunicó a la Dirección General de Infraestructura del INPE las deficiencias en el sistema de desagüe que generarían problemas en las bombas; del mismo modo el perito concluye en que el Contratista cumplió con lo especificado en el contrato sobre las bombas y sistema de redes de desagüe; por lo tanto es más que claro que la Entidad conoció, antes de la entrega de la obra, las deficiencias y problemas que se podían generar por los desechos sólidos arrojados al sistema.



23. Por lo expuesto, este Árbitro Único determina que NO se ha configurado el supuesto de vicio oculto, ya que el defecto alegado por la Entidad no es anterior a la entrega de la obra, ya que el propio Supervisor dio aviso a la Entidad, es decir que el defecto fue NO advertido con posterioridad a la entrega de la obra sino

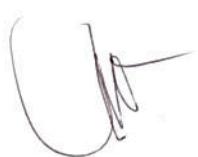
antes; asimismo, se advierte que el defecto en el Sistema de desagüe, fue conocido por la Entidad.

24. Consecuentemente, este Árbitro Único declara INFUNDADA la pretensión planteada por la Entidad; en tal sentido no que el CONTRATISTA pague a la ENTIDAD la suma de S/. 24,181. 46 Nuevos Soles más intereses, por concepto de vicios ocultos.

EN RELACIÓN AL PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN

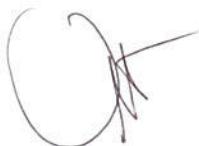
1. Es menester que el Árbitro Único se pronuncie sobre los gastos y costos arbitrales; al respecto, cabe indicar que el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que:

"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".

- 
2. En ese sentido, este Árbitro Único procederá a emitir un único pronunciamiento respecto a las costas y costos que han derivado por las actuaciones efectuadas en el presente arbitraje.
 3. Así, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo

73º de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

4. Es el caso que en el convenio arbitral, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
5. En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje, el cual desde el punto de vista de este Árbitro Único no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, corresponde disponer que ambas partes asuman los costos y costos derivados del proceso arbitral en partes iguales. Precisándose que los gastos arbitrales derivados de la defensa y patrocinio de abogados y representantes de cada parte deben ser asumidos por éstas de manera exclusiva e independiente.
6. Ahora bien, en el presente proceso arbitral se estableció que las partes, en proporciones iguales efectuarían el pago de los gastos arbitrales por concepto de Instalación tanto para el árbitro único como para la secretaría arbitral.



7. Sin embargo únicamente el demandado, Consorcio Tarapacá JIT, canceló los honorarios arbitrales a su cargo, y del mismo modo, asumió el pago de los honorarios arbitrales a cargo de su contraparte, lo cual fue debidamente facultado por el Árbitro Único mediante Resolución N° 04.
8. En tal sentido, corresponde disponer que el INPE devuelva al Consorcio la suma de S/. 2,070.00 (Dos Mil Setenta y 00/100 nuevo soles) por concepto de honorarios arbitrales.

IV. DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la pretensión planteada por la Entidad; en tal sentido, **DECLÁRESE** que no corresponde que el CONTRATISTA pague a la ENTIDAD la suma de S/. 24,181.46 Nuevos Soles más intereses, por concepto de vicios ocultos.

SEGUNDO.- DISPÓNGASE en relación a las costas y costos del proceso que las partes asuman en proporciones iguales los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral; en tal sentido, **ORDÉNESE** que al INPE devuelva al Consorcio la suma de S/. 2,070.00 (Dos Mil Setenta y 00/100 nuevo soles) por concepto de honorarios arbitrales.-

Notifíquese a las partes.



JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA
Árbitro Único