

Arbitraje seguido entre

MINISTERIO DE CULTURA

(Indistintamente: la Demandante- La Entidad)

Y

H&S GENERAL SERVICE S.R.L

(Indistintamente: la Demandada- El Contratista)

LAUDO

Arbitro Único

Dr. Eduardo Solís Tafur

Secretario Arbitral

Rossmery Ponce Novoa

Resolución N° 9

En Lima, a los 17 días del mes de julio de 2020, en el proceso arbitral seguido por MINISTERIO DE CULTURA, con H&S GENERAL SERVICE S.R.L, el Doctor Eduardo Solís Tafur, en su calidad de Arbitro Único, emite el siguiente LAUDO AD HOC, NACIONAL, DE DERECHO:

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

El cumplimiento del pago por parte de la empresa H&S GENERAL SERVICE SRL, al MINISTERIO DE CULTURA, por los vicios ocultos encontrados en la ejecución del Contrato N°030-2016/MC, "Servicio de Acondicionamiento y Remodelación de las Instalaciones del Centro de Interpretación Cajamarquilla del Ministerio de Cultura"-Adjudicación Simplificada N°011-2016/MC, de fecha 24 de agosto de 2016.

De conformidad con lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta del citado CONTRATO, denominada SOLUCION DE CONTROVERSIAS, se estipuló lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA.- SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122º,137º,140º, 143º,146º,147ºy 149º del Reglamento de la Ley de

Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será de tipo **institucional**.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El laudo arbitral emitido es *inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.9 del 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.*

En ese sentido, las partes se sometieron voluntariamente a un arbitraje institucional, Nacional y de Derecho, a fin de resolver la controversia.

II. DESIGNACIÓN DEL ARBITRO UNICO:

Mediante comunicación de fecha 19 de setiembre de 2019 el OSCE comunico la designacion como Árbitro Único del Tribunal Arbitral al Dr. Eduardo Adolfo Solís Tafur, en el cual se señala que ha sido debidamente designado de conformidad con lo establecido en el numeral 8.3.10 de la Directiva Nro. 024-2016-OSCE/CD, "Reglamento del Regimen Institucional de Arbitraje subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE" y conforme a la Resolucion Nro. 140-2018-OSCE/DAR DE FECHA 18 DE AGOSTO DE 2018,

Con fecha 24 de setiembre el arbitro Unico cumple con formalizar su aceptacion a la referida designacion y señala que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes. Asimismo, se obliga a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

Asimismo El Arbitro Unico manifiesta, bajo declaración jurada, no tener impedimento alguno para actuar como Arbitro Unico frente a las controversias sugidas entre las partes del presente arbitraje, garantizando su independencia e imparcialidad y comprometiendose a llevar a cabo el proceso con la debida neutralidad, imparcialidad y diligencia.

III. EL PROCESO ARBITRAL

A) INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APPLICABLE al CONTRATO.

Con fecha 07 de enero de 2019, se llevó acabo la Audiencia de Instalación de Arbitro Único, acto en el que participo el Arbitro Único, la Secretaria Arbitral, Abogada Karla Chuez Salazar, en su calidad de Secretaria Arbitral de la Dirección de Arbitraje del OSCE y los representantes de ambas partes.

Durante el desarrollo de la Audiencia, el Arbitro Único se ratificó en su aceptación al cargo señalando que no se encuentra sujeto a incompatibilidad alguna o compromiso alguno con las partes, con sus representantes y/o con sus respectivos abogados y asesores. Asimismo, las partes asistentes declararon su conformidad con la designación realizada.

En la audiencia se fijaron las reglas del proceso y las normas aplicables al mismo, suscribiendo los asistentes el Acta, en señal de conformidad con lo allí vertido.

B) NORMATIVIDAD APPLICABLE AL PROCESO ARBITRAL. -

Conforme a lo establecido en EL ACTA, la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la peruana. Las normas aplicables al presente arbitraje es la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por D.S. 350-2015-EF.

Asimismo, por lo dispuesto en la Directiva Nº 024-2016-OSCE/CD, "Reglamento del Regimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE, aprobada mediante Resolucion Nº 275-2016-OSCE/PRE, de fecha 22 de Julio de 2016.

C) ACTUACIONES ARBITRALES

Con fecha 29 de setiembre de 2017, la ENTIDAD solicita el inicio del arbitraje para resolver las controversias surgidas en torno a los Vicios Ocultos encontrados en la ejecución del Contrato Nº 030-2016/MC **"Servicio de Acondicionamiento y Remodelación de las Instalaciones del Centro de Interpretación Cajamarquilla del Ministerio de Cultura"**, señalando que no habiéndose precisado con mencionar el lugar de la Institución Arbitral, se está procediendo a presentar la demanda del

arbitraje ante el Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE.

C.1. DE LA DEMANDA DEL MINISTERIO DE CULTURA.

Mediante escrito de fecha 29 de setiembre de 2017, sumillado “DEMANDA ARBITRAL”, la Entidad presenta su demanda arbitral, conforme a lo siguiente:

PRETENSIONES:

Que se ordene a la Contratista efectué el pago ascendente a S/15,275.60, por los Vicios Ocultos encontrados en la ejecución del Contrato N°030-2016 /MC “Servicio de Acondicionamiento y Remodelación de las Instalaciones del Centro de Interpretación Cajamarquilla del Ministerio de Cultura”- Adjudicación Simplificada N°011-2016/MC”, celebrado entre ambas partes el pasado 24 de agosto de 2016.

C.2. DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

Por cedula de notificacion N° 924-2018, el Director de Arbitraje (e) Isaias Ruiz-Eldredge, comunica a la demandada, H & S Service S.R.L., que no habiendo contestado la demanda, no obstante haber sido notificada con fecha 3 de noviembre de 2017, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 8.3.2 de la Directiva N° 024-2026-OSCE/CD, corresponde que se tenga por no contestada la demanda

C.3. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO PROCESAL, CONCILIACION, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Con fecha 12 de setiembre de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, en donde se reunieron el Dr. Eduardo Adolfo Solís Tafur, en su calidad de Arbitro Único conjuntamente con el Dr. Omar José García Chávez en calidad de secretario arbitral de la Dirección de Arbitraje del OSCE, y la representante de la Entidad, Abogada Silvia Cristina Marcela Gutarra Huamanciza, dejando constancia de la inasistencia de la parte demandada.

En la etapa de saneamiento procesal, el árbitro único, dejo constancia de la existencia de una relación procesal valida, posteriormente, en la etapa de la conciliación, se establecio que no se ha podido arribar a un acuerdo conciliatorio por la inasistencia de la parte demandada, no obstante ello, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas llegaran a entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del proceso.

Concluida la etapa de conciliación se procedió a fijar como punto controvertido el siguiente:

- **Punto controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar el pago por parte de la empresa H&S GENERAL SERVICE S.R.L, al Ministerio de Cultura, por los **VICIOS OCULTOS** encontrados en la ejecución del Contrato N° 030-2016/MC "Servicio de Acondicionamiento y Remodelación de las Instalaciones del Centro de Interpretación Cajamarquilla del Ministerio de Cultura"- Adjudicación Simplificada N°011-2016/MC, de fecha 24 de agosto de 2016, por el monto ascendente a S/ 15,275.60 soles".

Por otro lado, en la mencionada Audiencia, se admitieron los siguientes documentos ofrecidos como medios probatorios:

- **Con relación a la Entidad:** Conforme el escrito de subsanacion de demanda, sumillado "Subsana Demanda", presentada el 24 de octubre de 2017, se admitieron las pruebas ofrecidas en el apartado "Medios Probatorios", numerales 1 y 2.
- No habiéndose presentado impugnaciones, u oposiciones a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, se dejó constancia que no habiendo la parte demandada presentado su contestación de la demanda, no se puede indicar ningún medio probatorio de dicha parte.
- El Arbitro Unico solicito en esta audiencia y de Oficio, que las partes presenten las bases integradas, la oferta y cualquier otro documento necesario para resolver la presente controversia, dentro del plazo de 10 dias de suscrita la presente acta o de notificada la misma.

C.4. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS.

Con fecha 14 de octubre de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos por lo que se reunieron el Dr. Eduardo Adolfo Solís Tafur, en su calidad de Arbitro Único, conjuntamente con la Dra. Gisela García Galindo, en calidad de Secretaria Arbitral de la Dirección de Arbitraje del OSCE, y el representante de la Entidad, Abogado Steven Urbano Agüero, dejando constancia de la inasistencia de la parte demandada.

El árbitro deja constancia en el Acta, que la ENTIDAD cumplió con presentar lo requerido en el Acápite VI del Acta de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

C.5. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.

Con fecha 03 de febrero de 2020, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales por lo que se reunieron el Dr. Eduardo Adolfo Solís Tafur, en calidad de Arbitro Único, conjuntamente con el Dr. Omar José García Chávez en calidad de Secretario Arbitral de la Dirección de Arbitraje del OSCE, dejando constancia de la asistencia de ambas partes en el proceso, la Entidad representada por la Abogada Silvia Cristina Marcela Gutarra Huamanciza y la demandada, representada por la Abogada Sonia Luz Orellana Guzman y el Sr. Hugo Rojas Orellana.

El árbitro concedio el uso de la palabra a las partes para que expongan sus alegatos finales y tengan el derecho de réplica y duplica sobre los hechos materia de la controversia, dejándose constancia de dicha audiencia.

C.5. PRESENTACION DE ALEGATOS ESCRITOS.

- a. Mediante escrito de fecha 22 de enero de 2020, la CONTRATISTA presentó sus alegatos finales.

- b. Mediante escrito de fecha 23 de enero de 2020, la ENTIDAD presento sus alegatos finales.

IV. CONSIDERANDO:

A. CUESTIONES PRELIMINARES. –

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, resulta pertinente precisar que i) Que, el siguiente proceso se constituyó de conformidad con todas las disposiciones establecidas en el contrato respectivo ii) Que, en ningún momento se interpuso recusación contra el Arbitro Único, o se efectuó

algún reclamo que pueda existir contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de Arbitro Único, iii) Que, la Entidad presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) Que, por su parte el Contratista fue debidamente emplazado, pero no presentó la contestación de la demanda en el plazo correspondiente; v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como de ejercer la facultad de presentar los alegatos correspondientes e inclusive las partes pudieron ilustrar respecto de los hechos y aspectos técnicos sobre los que versa las controversias del proceso.

B. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA:

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, de fecha 12 de setiembre de 2019, en el presente caso corresponde al Arbitro Unico, determinar lo concerniente, en base al punto controvertido fijado en el presente arbitraje.

Estando a que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde emitir el pronunciamiento correspondiente, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de los medios probatorios, las consecuencias jurídicas que, conforme a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Cabe tener presente 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 Arbitro, respecto de tales hechos.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta, con 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 en el que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, podrán ser utilizadas para acreditar hechos que, incluso, vayan en contra de los intereses de la parte que los ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio, que establece que:

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

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

Asimismo, cabe indicar que el arbitro Unico ha valorado los medios probatorios ofrecidos y admitidos durante todo el proceso arbitral, aplicando los principios de legalidad, verdad material y equidad; primando los bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y sin dejar de lado el valor justicia.

El Arbitro Unico deja expresa constancia que con relación a cada uno de los puntos controvertidos que se proceden a analizar, se han tenido en cuenta las disposiciones normativas aplicables para la resolución del presente arbitraje y que han sido citadas en el Acta respectiva; los

fundamentos de hecho y de derecho invocados por la parte demandante y demandada, así como la documentación ofrecida y admitida como medio de prueba en el presente proceso arbitral. En este sentido, las conclusiones que se alcanzan corresponden a la real y cabal convicción del Arbitro Unico sobre cada uno de los extremos establecidos como puntos controvertidos.

En este sentido, tratándose de un arbitraje de derecho, y siendo que la naturaleza del arbitraje es que sea de única instancia, se le debe conceder a las partes todas las oportunidades para que puedan ejercer su derecho de acción y defensa, resguardando los principios procesales del arbitraje. Al respecto, se aprecia que ambas partes luego de la presentación de sus escritos postulatorios (la contratista no contestó la demanda) han presentado escritos, en los cuales además de realizar argumentaciones, han adjuntando documentos, los cuales han sido ofrecidos como medios de prueba, por lo que, en atención a lo dispuesto en la última parte del inciso 1) del Artículo 43º de la Ley de Arbitraje, donde

se faculta a los árbitros para ordenar la actuación de las pruebas que estime necesarios, en este acto, se admiten como medios de pruebas los documentos acompañados por la parte demandante y demandada en sus escritos posteriores a la demanda y contestación, como pruebas de oficio de este Tribunal Arbitral, las cuales serán merituadas al momento de analizar los puntos controvertidos.

Siendo ello así, el Arbitro Único pasara a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

C. PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

1. De manera previa a analizar las cuestiones controvertidas, se considera conveniente determinar el marco legal dentro del cual se encuadra lo concerniente al contrato celebrado entre las partes.
2. La presente controversia se genera con la ejecución del Contrato N° 030-2016/MC “Servicio de Acondicionamiento y Remodelación de las Instalaciones del Centro de Interpretación de Cajamarquilla, con la empresa H&S GENERAL SERVICE S.R.L, cuyo objeto fue el de acondicionamiento y remodelación de las instalaciones del Centro de Interpretacion Cajamarquilla
3. La cláusula décimo tercera del contrato establece el Marco Legal aplicable para la interpretación del Contrato:

“Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del

Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado".

4. Constituyen principios esenciales que rigen todo arbitraje, sea este de derecho o de conciencia, los principios de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes, los mismos que han sido recogidos expresamente en la Ley de Arbitraje. En ejercicio del principio de contradicción, las partes han podido alegar y contradecir las argumentaciones y pruebas aportadas al proceso, lo que de hecho ha sucedido en el curso de este arbitraje.

Asimismo, los medios probatorios en general tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el

Juzgador –léase árbitro- respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones cuando se trata de un arbitraje de derecho; siendo, sin embargo, facultad de los árbitros en cualquier tipo de arbitraje decidir de manera exclusiva sobre la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, conforme lo señala el artículo 43 del D.L. 1071 – Ley de Arbitraje, aplicable al presente caso:

"1. El tribunal arbitral tiene facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios (...)"

5. La norma antedicha faculta al Arbitro Unico para determinar el valor de los medios probatorios que según su apreciación sean pertinentes

para fundar sus conclusiones. En este sentido, el principio es el de libre valoración, el cual debe ejercitarse sobre la base de una apreciación razonada y razonable de los medios probatorios aportados. Ello ha sido bien resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes (...)”²

6. Que, antes de entrar al detalle sobre los puntos controvertidos determinados y, una vez expuesto el marco normativo aplicable al presente arbitraje, se debe analizar la naturaleza del Contrato. Al respecto, se aprecia que aquél es uno de naturaleza administrativa, toda vez que una de las partes es una Entidad del Estado; razón por la cual, es menester, explorar la evolución y doctrinas correspondientes al “Contrato Administrativo”; lo cual coadyuvará en el desarrollo del presente laudo arbitral.
7. Los orígenes del “contrato administrativo” según la explicación de Ramón Parada proviene de la sustracción de competencia de la jurisdicción común o privada que hiciera primero Francia y posteriormente Bélgica y España en el siglo XIX respecto de los contratos celebrados por la administración, reservándolos estos a la jurisdicción administrativa, jurisdicción exclusiva y excluyente ejercidas por los Consejos de Prefectura y el Consejo de Estado Francés³.

² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “El Recurso de Anulación contra los Laudo Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid, España. 1991. Pág. 309.

³ PARADA, Ramón, Derecho Administrativo, 6º ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994, I, p. 264.

8. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sostienen que la distinción entre contratos administrativos y privados comenzó siendo únicamente de carácter procesal, careciendo de trascendencia material o sustantiva, surgiendo esta diferencia como una excepción al esquema estructural del derecho administrativo de la época basada en los actos de autoridad y actos de gestión, dictados los primeros imperativamente sometiéndose al derecho privado⁴.
9. Que, de la evolución del contrato administrativo corresponde exponer la sustantividad y la clasificación o determinación de este. En ese sentido, según el Criterio Subjetivo establece que un contrato es administrativo si una de las partes es la administración pública. Por otro lado, el Criterio de la Jurisdicción desarrolla el concepto de que el contrato será administrativo si se encuentra en el ámbito de la jurisdicción administrativa. Asimismo, el Criterio Formal se refiere al hecho que el contrato administrativo está ligado a una formalidad específica para su celebración (sistemas o procedimientos de selección). Finalmente, tenemos el Criterio de la definición legal, el cual establece que son contratos administrativos los que así sean señalados por la ley; no obstante, ninguno de los criterios mencionados configura una definición uniforme o completa de lo que es el contrato administrativo.
10. Juan Carlos Cassagne expresa: “Así, la sustantividad del contrato administrativo se revela cuando el acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa⁵”.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1989, p. 655.

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, “La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas”, en *Revista de Derecho Público*, N° 9, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 2.

11. Ante la insuficiencia de los criterios antes expuestos, se opta por analizar si en el contrato se verifican de modo paralelo varios de éstos. Cuantos más criterios se hallen, más certeza se tendrá respecto de la existencia de un contrato administrativo.

12. En referencia a la denominación del contrato administrativo, Manuel María Diez señala que el contrato administrativo es “*(...) un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa.*⁶” Por su parte Juan Carlos Cassagne indica que “*en el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.).*”

Alberto Retamozo Linares define al contrato administrativo como “*La declaración bilateral o de voluntad común productora de efectos jurídicos entre dos personas de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa ejerciendo sus prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo*⁷”.

PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no ordenar el pago por parte de la empresa H&S GENERAL SERVICE S.R.L., al Ministerio de Cultura, por los

⁶ MARÍA DIEZ, Manuel. Derecho Administrativo, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1979, segunda edición, Tomo III, Pág. 33.

⁷ Alberto Retamozo Linares, Contrataciones adquisiciones del Estado y normas de control 9º edición T. I EDIT Gaceta Jurídica pág. 826.

Vicios Ocultos encontrados en la ejecución del Contrato N° 030-2016/MC “Servicio de Acondicionamiento y Remodelación de las Instalaciones del Centro de Interpretación Cajamarquilla del Ministerio de Cultura”- Adjudicación Simplificada N° 011-2016, de fecha 24 de agosto de 2016, por el monto ascendente a S/.15.275.60 soles.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE:

La Entidad sostiene que con fecha 24 de agosto del año 2016, se firmó el Contrato N° 030-2016/MC “Servicio de Acondicionamiento y Remodelación de las Instalaciones del Centro de Interpretación de Cajamarquilla, con la empresa H&S GENERAL SERVICE S.R.L, cuyo objeto fue el de acondicionamiento y remodelación de las instalaciones del Centro de Interpretacion Cajamarquilla.

La materia controvertida es el cumplimiento por parte de la empresa H&S GENERAL SERVICE S.R.L al Ministerio de Cultura por los vicios ocultos encontrados en la ejecucion del Contrato Contrato N° 030-2016/MC “Servicio de Acondicionamiento y Remodelación de las Instalaciones del Centro de Interpretación de Cajamarquilla”.

Conforme lo establecido por la Ley N° 30225, artículo 20º inciso 2) se indica que, en los Contratos de bienes y servicios, el CONTRATISTA es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos por un plazo no menor de un año, contado a partir de la conformidad otorgada por la ENTIDAD; asimismo, conforme a lo dispuesto por el artículo 45º, de la misma norma referida, se establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o

invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliacion o arbitraje institucional.

En estas circunstancias se acude al arbitraje, por los Vicios Ocultos encontrados en la ejecución del Contrato, los cuales no pudieron ser detectados al momento de la ejecución del servicio, cuantificandose la misma en S/ 15,275.60 (quince mil doscientos setenta y cinco y 60/100 soles)

Que, los vicios ocultos estan ligados a la existencia de deterioros, anomalias y defectos no susceptibles a ser apreciados a simple vista y que con una inspeccion han sido encontrados, por el cual se cuantifican los costos actuales de la reparacion de los **VICIOS OCULTOS** encontrados:

- a. La suma de S/.5.000.00 , estableciendose el monto por concepto del Suministro e Instalacion de tanque de 5.000 lts.
- b. La suma de S/. 6.000.00 , estableciendose el monto por concepto de colocacion de cobertura externa formato 2.00 x 95 cm.
- c. La suma de S/. 160.00, estableciendose el monto por concepto de cambio de baldosas.
- d. Cuyo pago total de las pretensiones ascienden a S/.15.275.60.

Asimismo, indica la Entidad, que conforme lo señalado en el **articulo 142º del RLCE** "El contrato esta conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la Oferta ganadora, asi como tambien los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato", en cuya cláusula novena se estableció lo siguiente: "

CLÁUSULA NOVENA: RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS

La conformidad del servicio por parte de la **ENTIDAD** no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos, conforme lo dispuesto por el artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 146º de su Reglamento, el plazo máximo de responsabilidad del contratista es de un año, contado a partir de la conformidad otorgada por la **ENTIDAD**.

Por otro lado, cuando hablamos sobre el régimen de saneamiento por vicios ocultos, el artículo 1503 y siguientes del Código Civil indica lo siguiente:

“Artículo 1503.- El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia.

POSICION DE LA DEMANDADA:

Si bien es cierto la demandada no contesto la demanda dentro del plazo correspondiente, ello no implica, de conformidad con lo establecido por el Artículo 46⁸. Literal b) de la ley de Arbitraje, que se considere la aceptación de las alegaciones del demandante, muy por el contrario, en la audiencia

⁸ Artículo 46.- Parte renuente. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral:

b. El demandado no presente su contestación en plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante.

de Informes orales mostro su rechazo. Por otro lado, en su escrito de alegatos indica que, con respecto a la Cobertura colocada, las bases del Proceso de Selección establecian el retiro de la cobertura existente, y sobre la misma estructura de soporte, colocar nuevas planchas de fibra vegetal, la misma que deberia anclar a la estructura existente, mediante los anclajes que corresponden a este tipo de planchas. Asimismo, se indicaba canaletas para agua de lluvia y dos montante (tuberia de bajada) para el mismo sistema. Añade La Contratista, que el demandante es quien ha tenido la elaboracion del expediente tecnico de estos trabajos, y se entiende que ha contratado a un profesional con la debida experiencia como para sustentar mediante los calculos correspondientes las cotizaciones hechas para la determinacion del costo de los trabajos, no habiendo dicho profesional tomado en cuenta el peso de las dos coberturas, calaminon y plancha de fibra vegetal, cuyos pesos son totalmente diferentes, siendo la fibra vegetal de casi el doble de peso que el calaminón, y no se diseño un mayor número de correas o calculo, una solución ante dos materiales distintos, siendo ese error el que se nos quiere trasladar, cuando la responsabilidad es exclusivamente de La Entidad. Por otro lado, y en relación a la Cisterna, indica la Contratista que no es cierto que la cisterna se haya deformado por la mala calidad del producto. Eso no es vicio oculto, eso es negligencia de la demandante, toda vez que una cisterna de ese tipo que va a ir enterrada en una zona donde existe mucho calor y relleno de arena, funciona con agua, puesto que el agua absorbe el calor que pueda afectar el material plastico de PVC. No existe conexión de agua para surtir a esta cisterna, habiendola tenido vacia y bajo el fuerte calor de Cajamarquilla, luego de haber sido recepcionado el servicio y como se puede colegir, cualquier material plastico es susceptible al calor y tiende a deformarse por accion del fuerte calor.

ANALISIS DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Habiendo realizado una breve reseña de las posiciones de las partes, corresponde que el Árbitro Único proceda a realizar su análisis para ver la procedencia o no de las pretensiones de las partes.

A estos efectos, de manera primigenia, se transcribirá los artículos pertinentes de la Ley 30225 (en adelante La Ley) Ley de Contrataciones del Estado y de su Reglamento, aprobado por D.S. 350-2015-EF, (en adelante el Reglamento) aplicables al presente proceso

LEY 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

Artículo 40. Responsabilidad del contratista

El contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato. En los contratos de ejecución de obra, además, se debe cumplir lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 1774 del Código Civil.

El contratista es 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 puede establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se aadecue a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no puede ser inferior a siete (7) años, contados a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda. Los documentos

del procedimiento de selección establecen el plazo máximo de responsabilidad del contratista

Art. 45. MEDIOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DE LA EJECUCION CONTRACTUAL

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

45.2 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final. **Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.**

Todos los plazos antes señalados son de caducidad.

**REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO APROBADO POR
D.S. 350-2015-EF**

Artículo 145.- Constancia de prestación

Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que debe precisar, como mínimo, la identificación del contrato, objeto del contrato, el monto del contrato vigente, el plazo contractual y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista.

Solo se puede diferir la entrega de la constancia en los casos en que hubiera penalidades, hasta que estas sean canceladas.

Artículo 146.- Vicios ocultos

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

Las discrepancias referidas a defectos o vicios ocultos deben ser sometidas a conciliación y/o arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad hasta treinta (30) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato.

Artículo 147.- Obligaciones posteriores al pago final

Las controversias relacionadas con obligaciones que deben ejecutarse con posterioridad a la fecha del pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que debían ejecutarse.

CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Artículo 182.- Disposiciones Generales

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Artículo 184.- Arbitraje

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad correspondiente.

El arbitraje es nacional y de derecho.

De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la institución arbitral debe encontrarse debidamente acreditada ante OSCE, correspondiendo a la parte interesada recurrir a la institución arbitral elegida en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje ad hoc, la parte interesada debe remitir a la otra la solicitud de arbitraje por escrito.

Al respecto, se aprecia que ninguna de las partes ha cuestionado el plazo para la presentación de la demanda por vicios ocultos, por tanto se verifica que la misma se ha hecho dentro del plazo establecido en el artículo 40 de la Ley y el Artículo 146 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Ahora bien, la controversia consiste en analizar si los hechos que se indican en la demanda se deben considerar como vicios ocultos y si estos han sido debidamente probados a través de los medios probatorios aportados por las partes y si corresponde el pago de S/ 15,275.00, por dicho concepto, a favor de la Entidad.

Con respecto a los vicios ocultos, el OSCE, indica que 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 oportunidad, siempre que dichos defectos no permitan que el bien, servicio u obra sea empleado de conformidad con los fines de la contratación⁹.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, también se ha pronunciado de la misma forma, y ha indicado que los vicios ocultos se presentan cuando la prestación adolece de defectos o alteraciones cuya existencia es anterior o concomitante al momento en el que la Entidad emite la conformidad y que no pudieron ser detectados en dicha oportunidad; los cuales no permiten que dicha prestación sea empleada de conformidad con los fines de la contratación¹⁰

⁹ Opinión OPINIÓN N° 017-2015/DTN

¹⁰ Resolución Nro. 2944-2019-TCE-S3. Tribunal de Contrataciones del Estado.

Sin embargo, prima facie, se debe establecer si la Entidad ha requerido a la demandada, previamente al procedimiento arbitral, la subsanacion de los vicios ocultos demandados, ello en virtud a los pronunciamientos de la Direccion Técnica Normativa del Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado¹¹ (en adelante OSCE) y Tribunal de Contrataciones del Estado de dicha entidad.

Al respecto, el OSCE a traves de la OPINIÓN Nº 017-2015/DTN, ha indicado que 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.** (el resaltado es nuestro)

Por su parte, y a tono con ello, el Tribunal de Contrataciones del Estado, ha señalado que “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 del plazo señalado en el párrafo precedente, debe comunicar al contratista que la**

¹¹ Opinion OPINIÓN Nº 017-2015/DTN

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”¹². (el resaltado es nuestro)

Al respecto, y conforme al Informe de Conformidad Nro. 04603-2016, de la Dirección de Defensa del Patrimonio Cultural, se da la conformidad a la prestación brindada al Ministerio de Cultura por la demandada, conforme al Contrato Nro. 030-2016/MC, en virtud del cual el Ministerio de Cultura contrata el Servicio de acondicionamiento y remodelación de las instalaciones del Centro de Interpretación Cajamarquilla.

En este documento se indica que la entrega del servicio fue el 23 de setiembre de 2016 y la conformidad el 30 de setiembre del mismo año, con lo cual se acredita que los servicios prestados por la Contratista fueron debidamente recepcionados y contaron con la Conformidad de la prestación, conforme lo establecido por el Artículo 145 del Reglamento, lo cual no enerva el derecho de la Entidad a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos

Por otro lado, conforme la factura Nro. 01894, La Contratista remite su factura a la Entidad por el monto de S/ 45,000.00, conforme el cargo de recepción de la Entidad, no constando en autos la acreditación de su cancelación, sin embargo las partes no han controvertido dicho pago, por lo que no es necesario pronunciarse al respecto.

¹² Resolución Nro. 2944-2019-TCE-S3. Tribunal de contrataciones del Estado , de fecha 4 de noviembre de 2019

Con respecto a la acreditacion de los vicios cocultos, La Entidad presenta, el Contrato N° 030-2016/MC “Servicio de Acondicionamiento y Remodelación de las Instalaciones del Centro de Interpretación de Cajamarquilla”, con lo cual se acredita la relacion obligacional de las partes.

Asimismo, obra en autos, el Informe Nro. 000046-2017-EGL/OPM/OGA/SG/MC de fecha 22 de agosto de 2017, remitido por el Sr. Eric Marco Guevara Lavado de la Oficina de Operaciones y Mantenimiento al Sr. Jose Alberto Sanchez Pantaleon, tambien de la Oficina de Operaciones y Mantenimiento, en donde da cuenta del Informe Tecnico de los problemas presentados en el Centro de Interpretacion Cajamarquilla, y concluye que dada la garantia de un año y a lo indicado en los terminos de referencia el proveedor tiene la responsabilidad de coordinar con los proveedores de la cisterna y las planchas de fibra vegetal para solucionar los problemas presentados. Con este documento se acredita la comunicación interna en La Entidad, que informa sobre los problemas presentados por el servicio prestado por la Contratista, en relacion al Contrato N° 030-2016/MC “Servicio de Acondicionamiento y Remodelación de las Instalaciones del Centro de Interpretación de Cajamarquilla”

Sin embargo, no obra en autos ningun documento en donde se requiera a la demandada, la subsanacion de los problemas presentados en la prestacion del servicio encargado. En efecto, de la revision de las pruebas actuadas, no se advierte ningun documento a dicho respecto, salvo la referencia dada en el escrito de alegatos, en donde en el ítem 4, La Contratista, indica que el 16 de mayo del 2017, la Oficina General de

Administracion remite la Carta Nro. 000108-2017/OGA/MC a la Contratista para que subsane los defectos advertidos, sin embargo no adjunta ningun documento que acredice dicho hecho, al margen de que ya se habia cerrado la etapa probatoria, no hay ningun cargo de recepcion de la referida carta remitida la Contratista, ni documento que lo acredice como tal. Cabe precisar, que dicho documento no fue alegado ni acreditado con la demanda ni a lo largo del proceso, incluso cuando en la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliacion determinacion de puntos controvertidos y admision de medios probatorios, se ordeno como prueba de Oficio que las partes presenten todas las pruebas que resulten necesarias para resolver la controversia.

Al respecto, la Entidad presentó con fecha 25 de setiembre de 2019, la copia fedeada de la Carta Nro. 089-2016-H&SGSRL, en donde la contratista presenta su oferta de selección, la copia fedeada de las Bases Integradas y la copia simple del informe de conformidad Nro. 04603-2016, pero no hace alusion a ninguna carta de requerimiento de subsanacion de observaciones, por lo cual se ha incumplido con el procedimiento establecido en la OPINIÓN Nº 017-2015/DTN¹³, para que la contratista subsane las observaciones indicadas en el Informe Nro. 000046-2017-EGL/OPM/OGA/SG/MC de fecha 22 de agosto de 2017, remitido por el Sr. Eric Marco Guevara Lavado de la Oficina de Operaciones y mantenimiento al Sr. Jose Alberto Sanchez Pantaleon, siendo este solo un documento de comunicación interna, no produciendo efectos ante terceros.

¹³ Tambien por lo expuesto por la Resolucion Nro. 2944-2019-TCE-S3. Tribunal de contrataciones del Estado , de fecha 4 de noviembre de 2019

En tal sentido, no habiéndose acreditado el requerimiento a la Contratista para que subsane las observaciones por la prestación del servicio de la Mantenimiento, y conforme a las consideraciones antes expuestas, se debe rechazar la demanda y declararla improcedente

D. PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO:

Que, con respecto a que parte deberá asumir las costas y costos del presente proceso arbitral, conforme al artículo 56º del Decreto Legislativo 1071- Ley de Arbitraje- los árbitros deben pronunciarse sobre el asunción o distribución de los gastos generados en el presente arbitraje, según lo previsto en el artículo 73º de la ley acotada.

Al respecto, tomando en cuenta que no se ha demostrado la existencia de algún acuerdo previo entre las partes que se pronuncie sobre el pago de las costas y costos en el presente arbitraje; conforme al artículo 73º de la Ley de Arbitraje los costos del arbitraje deberían recaer en la parte vencida, salvo que el Tribunal Arbitral decida distribuir y prorratear estos costos entre las partes.

En ese sentido, el Árbitro Único ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado de buena fe, basados en la existencia de razones para litigar atendibles, convencidos de sus posiciones ante la controversia; por consiguiente, considera que las costas y costos del proceso arbitral, los deben asumir ambas partes en forma proporcional.

No obstante lo expuesto, y teniendo en cuenta que de acuerdo con la Resolución N° 3, el demandante se ha subrogado en el pago de los gastos arbitrales que le correspondía realizar a la CONTRATISTA en la suma

ascendente a S/. 1,909.50 netos, este árbitro único estima que la CONTRATISTA debe reintergrar al demandante por concepto de honorarios arbitrales la referida suma, más impuestos de Ley.

V. DECISION DEL ARBITRO UNICO

Estando a las consideraciones precedentes el Arbitro Único, en Derecho y dentro del plazo fijado para tales efectos, RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE LA DEMANDA, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

SEGUNDO.- DISPONGASE que cada una de las partes asuma el pago de los gastos arbitrales señalados, y que el **H&S GNERAL SERVICIE S.R.L** cumpla con reintegrar al **MINISTERIO DE CULTURA** la suma de S/. 1,909.50 Soles netos, más impuestos de Ley.

Notifíquese conforme a ley.

EDUARDO ADOLFO SOLIS TAFUR
ARBITRO UNICO