

PODER JUDICIAL DEL PERU
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
LIMA
Sede La Mar
Av. La Mar N° 1027 - Santa Cruz - Miraflores

CEDULA ELECTRONICA
EXPEDIENTE JUDICIAL ELECTRÓNICO

05/08/2020 20:01:22

Pag 1 de 1

Número de Digitalización
0000071258-2020-ANX-SP-CO



420200103112019005141817829000H01

NOTIFICACION N° 10311-2020-SP-CO

EXPEDIENTE	00514-2019-0-1817-SP-CO-01	SALA	1° SALA COMERCIAL
RELATOR	VARGAS AVELLANEDA, JORGE LUIS	SECRETARIO DE SALA	CONDOR CANALES, CECILIA
MATERIA	ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES		

DEMANDANTE : MINISTERIO DE SALUD ,

DEMANDADO : CONSORCIO ASESORES TECNICOS ASOCIADOS SA ATA Y KUKOVA INGENIEROS SAC ,

DESTINATARIO MINISTERIO DE SALUD

DIRECCION : **Dirección Electrónica - N° 47034**

Se adjunta Resolución OCHO de fecha 23/07/2020 a Fjs : 27

ANEXANDO LO SIGUIENTE:

RESOLUCION OCHO

5 DE AGOSTO DE 2020



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVILSUBESPECIALIDAD COMERCIAL**

EXPEDIENTE N° : 00514-2019-0-1817-SP-CO-01
DEMANDANTE : MINISTERIO DE SALUD
**DEMANDADA : CONSORCIO ASESORES TÉCNICOS ASOCIADOS S.A.
ATA KUKOVA INGENIEROS S.A.C.**
MATERIA : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

EL LAUDO SE PRONUNCIÓ DEBIDAMENTE SOBRE LO QUE FUE MATERIA CONTROVERTIDA Y DISCUTIDA AL INTERIOR DEL PROCESO. LOS CRITERIOS Y MOTIVACIONES EXPUESTAS, ASÍ COMO LA VALORACIÓN DE PRUEBAS EFECTUADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL NO PUEDEN SER MATERIA DE ANÁLISIS EN SEDE JUDICIAL EL ENCONTRARSE ELLO PROSCRITO POR EL ARTICULO 62.2° DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1071.

RESOLUCIÓN NÚMERO: OCHO

Miraflores, veintitrés de julio
del año dos mil veinte.

1. VISTOS:

Habiéndose analizado y debatido la causa, conforme lo prescriben los Artículos 131° y 133° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este colegiado integrado por los señores Jueces Superiores: Martel Chang, **Prado Castañeda**, quien interviene como ponente; y, Escudero López, emiten la siguiente decisión judicial:

2. RESULTA DE AUTOS:

Del recurso de anulación:

2.1. A fojas 175 a 184, subsanada a fojas 200 a 206 del visor del Expediente Electrónico Judicial (en adelante EJE), obra el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral contra la Resolución Nro. 46 mediante la cual se resolvió

el recurso de integración presentado por el Ministerio de Salud (en adelante la Entidad), y contra la Resolución Nro. 42 de fecha 27 de marzo de 2019 que contiene el laudo arbitral, invocando la causal contenida en el inciso **b)** del numeral 01 del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071.

2.2. La Entidad recurrente sustenta su pretensión impugnativa:

- i)** Mediante Contrato Nro.263-2009-MINSA el Consorcio Asesores Técnicos Asociados S.A. ATA y Kukova Ingenieros S.A.C. y el Ministerio de Salud, acordaron como objeto del contrato, la Elaboración de Estudios Definitivos para Ejecución de Obra, Expediente Técnico de Equipamiento y Estudio de Impacto Ambiental del PIP “Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencia y Servicios Especializados Nuevo Hospital de Lima Este Vitarte”.
- ii)** Mediante Laudo Arbitral de Derecho de fecha 27 de marzo de 2019 se declaró improcedente la primera, segunda y tercera pretensión principal y acumulada y su subordinada, declarando que no corresponde declarar la existencia de vicio ocultos en el Expediente Técnico ni ordenar el reintegro de los montos reconocidos por el MINSA durante la ejecución de la obra como adicionales ni que corresponde indemnizar al MINSA.
- iii)** En el proceso arbitral solicitaron que se declare la existencia de vicios ocultos al haberse detectado omisiones, inconsistencias e incompatibilidades entre los planos de las diferentes especialidades, deficiencias que no permitieron que la obra se ejecute en los tiempos y presupuesto proyectado, y originaron que la Entidad se haya visto en la necesidad de aprobar adicionales de obra para fin de lograr la finalidad del proyecto Nuevo Hospital de Lima Este Vitarte, y como consecuencia de ello, diversas ampliaciones de plazo debido a los cambios y correcciones al proyecto.
- iv)** El Laudo considera que el vicio denunciado no califica como uno oculto por cuanto de la revisión especializada llevada a cabo por el OIST S.A. , supervisores encargados de dar visto bueno al Expediente Técnico, se aprecia que la misma pudo haber sido perfectamente detectable dada la especialidad de las personas que revisaron el Expediente Técnico.

- v) El Laudo ha omitido realizar el análisis y verificación que corresponde, no siendo verdad que no se ha explicado que dichos adicionales configuren vicio oculto ni su relevancia en la obra, conforme se advierte del mismo informe presentado y lo expuesto en la audiencia de informes orales, en que el mismo ingeniero Elías Podestá explicó detalladamente porqué cada uno de los adicionales se generaron por errores e inconsistencias en el expediente técnico y determinaron la existencia de vicios ocultos.
- vi) El sustento de las pretensiones son de carácter técnico, motivo por el cual se presentaron informes técnicos que no fueron tachados ni observados por la parte demandada, por tanto correspondía al Tribunal realizar un análisis técnico de los medios probatorios presentados o solicitar la opinión de un perito en la materia, por lo cual no se puede argumentar que no se ha probado la existencia de vicios ocultos si es que es el Tribunal quien no ha realizado el análisis técnico que correspondía a los medios probatorios presentados.
- vii) Una prueba que no se ha realizado un inexistente análisis técnico a cada uno de los adicionales de obra es que se ha realizado una copia exacta de las opiniones del OSCE y de las Resoluciones Ministeriales que obran en autos, es decir, se ha realizado un copy paste, sin considerar que la materia en cuestión, exige un análisis técnico que legal, lo que denota que existe una omisión en la fundamentación y motivación del mismo.
- viii) El Tribunal Arbitral, no realiza el debido análisis técnico-legal de cada uno de los adicionales, asimismo, no explica el porqué detallado de no configuración de vicio oculto, limitándose solo a señalar su imposibilidad de pronunciarse sobre el fondo y dejando a salvo el derecho del recurrente para que, de considerarlo conveniente, pueda hacerlo valer en la forma y oportunidad que corresponda a ley.
- ix) En relación a lo dispuesto en el Laudo respecto a que en el Informe de Auditoría Nro. 287-2017-CG/MPROY-AC se ha establecido que es el Ministerio de Salud quien tiene responsabilidad en la aprobación de adicionales incluyendo partidas no indispensables, debe tenerse presente que es el mismo informe de auditoría que también ha establecido que las ampliaciones de plazo se produjeron por demora en las respuestas de las consultas por parte del proyectista, argumento que ha sido desarrollado

en el proceso y que no ha merecido ningún pronunciamiento por parte del Tribunal.

- x) Se ha transgredido el principio constitucional al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva de la recurrente, que enmarca la obligación de cualquier autoridad que administre justicia, a motivar adecuadamente sus resoluciones.

De la absolución del recurso de anulación:

2.3. De fojas 200 a 206¹, obra la absolución del traslado del recurso de anulación de laudo arbitral, por el demandado Consorcio ATA-KUKOVA, bajo los argumentos siguientes:

- i) En esta vía no se puede declarar la existencia de vicios ocultos.
- ii) La sola aprobación de adicionales de obra o reconocimiento de mayores gastos generales por parte del MINSA no prueban la existencia de omisiones, deficiencias y/o vacíos en la consultoría desarrollada por el Consorcio.

Si la entidad pretendía que se le reconozca algún monto dinerario por presuntas omisiones, deficiencias y/o vacíos, debió probar la existencia de estas mediante una exposición metódica de ello, cosa que nunca se hizo. MINSA durante el proceso se limitó a indicar que las pruebas de las presuntas omisiones, deficiencias y/o vacíos era la aprobación de los Adicionales y Mayores Gastos Generales.

Debe tomarse en cuenta la AACE, autoridad en materia de presupuestos en ingeniería, ha clasificado en cinco clases los costos de obras. Señala que el estudio a nivel costos unitarios y metrados detallados, es decir, del Expediente Técnico, la madurez tiene un rango del 65% al 100%, en tanto que las variaciones oscilan entre -10 a + 15%. Es decir, hay variaciones normales que suelen aparecer en el expediente técnico al momento de ejecutarse la obra debido a que este es un documento técnico de alto detalle, pero siempre perfectible.

¹ Del visor del EJE.

A nadie, se le ha ocurrido decir que estos márgenes entre -10 a 15% son propiamente Omisiones, deficiencias y/o vacíos -o vicios ocultos- como les llamó el MINSA durante todo el proceso arbitral, y que son producto de la negligencia de los profesionales que elaboran los proyectos de infraestructura. Todo lo contrario, las variaciones en un expediente técnico son algo que suele ocurrir con regularidad porque su precisión no llega a ser del 100% al ser un proyecto perfectible al momento de llevarlo a su ejecución efectiva.

- iii) La demanda arbitral del MINSA es por vicios ocultos, figura jurídica distinta a las meras omisiones, deficiencias y/o vacíos, que corresponden más al rubro daños y perjuicios. Uno de los requisitos de esta figura jurídica es que, actuando con diligencia debida, el vicio o los vicios que alegan no debieron ser observables a simple vista por parte de los funcionarios de la entidad. Esto, durante todo el proceso nunca fue probado por el MINSA. Nunca se explicó como un documento de alto detalle como es un Expediente Técnico puede contener un vicio que, actuando con diligencia debida, no pudo ser observable o estimable por parte de profesionales expertos en la materia y que trabajan para una oficina especializada del MINSA para aprobar Expediente Técnicos -la DGIEM.

- iv) Si bien es cierto que el concepto está referido a bienes, puede ser aplicado perfectamente a los servicios, en cuyo caso la Entidad, en su demanda debió demostrar: 1. Que las prestaciones adicionales se deben a vicios ocultos imputables al contratista, 2. Que los expediente técnicos se elaboran sin ningún margen de error estadístico, 3. Que cualquier error de ingeniería y cálculo de un expediente técnico califica como vicios ocultos, 4. Que existe una norma legal que tipifica las prestaciones adicionales como vicios ocultos, 5. Que la empresa supervisora de la elaboración del estudio definitivo no estaba en capacidad de conocer las supuestas omisiones, vacíos y deficiencias; y, 6. Que los ingenieros que laboraban para el Ministerio de Salud, en la Dirección General de Infraestructura, no tenían la capacidad para revisar y advertir las omisiones, defectos y vacíos del estudio definitivo. Cosas que no fueron aprobadas por el MINSA, y por lo cual, el Tribunal Arbitral consideró que la figura de los Vicios Ocultos no era aplicable para este caso y, por lo tanto, no podía pronunciarse sobre el desarrollo técnico que fuera realizado.

- v) Es cierto que las pretensiones del MINSA tienen un carácter técnico, no obstante no es meramente técnico sino que también implica un carácter jurídico al invocar la figura jurídica que se pretende aplicar: Vicios Ocultos. Por lo cual, aunque es cierto que el ingeniero Elías Podestá hizo observaciones de carácter técnico que se absolvió en su momento, también lo es que la procuraduría del MINSA es responsable del carácter jurídico de la Demanda. En ese entendido, es responsabilidad de la entidad a través de la procuraduría explicar, previo al informe técnico realizado, como es que los hechos narrados se subsumen en la figura del vicio oculto, esto recordando nuevamente que esta figura necesita de un vicio que no se puede ver a simple vista actuando con diligencia y que un expediente técnico es un documento técnico de alto detalle.

No obstante lo indicado, el Consorcio cumplió con absolver las supuestas deficiencias técnicas del proyecto. En todas y cada una de las afirmaciones del MINSA se cumplió con explicar la razón por las que las presuntas omisiones, deficiencias y/o vacíos no son tales y, todo el contrario, cada una de las adendas tiene una razón técnica para su existencia, el Consorcio si realizó defensa técnica de los informes técnicos presentados por el MINSA.

- vi) La fundamentación del Tribunal Arbitral responde y se sustenta en opiniones del OSCE y Resoluciones Ministeriales, por lo cual, es lógico que use párrafos de estos documentos para fundamentar su pedido. Esto de ninguna forma quita legitimidad a la fundamentación realizada.
- vii) El Tribunal no ha omitido realizar un análisis técnico de las pretensiones, ha realizado un análisis legal que hace innecesario un pronunciamiento técnico porque con la fundamentación jurídica basta para desestimar la demanda presentada.
- viii) Respecto al Informe de Auditoría Nro. 287-2017-CG-MPROY-AC se debe precisar que el mismo ha encontrado responsabilidad en funcionarios del MINSA por indebida probación de adicionales y demoras en la aprobación de las ampliaciones de plazo.

3. ANÁLISIS DEL CASO:

Del recurso de anulación de laudo arbitral:

- 3.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje: 1. **Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación.** Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63, estableciéndose adicionalmente los casos aludidos en la Duodécima Disposición Complementaria del mismo Decreto Legislativo, resultando de la resolución de dicho recurso que se declare la validez o la nulidad del laudo, *encontrándose prohibido pronunciarse sobre el fondo de la controversia sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.*

Del reclamo previo en sede arbitral:

- 3.2. Previo a resolver la pretensión contenida en la demanda corresponde previamente establecer si la Entidad cumple con los parámetros legales pre-establecidos en el Decreto Legislativo N° 1071 al haber invocado la causal de anulación de laudo arbitral contenida en el inciso b) del numeral 1 del artículo 63 del mismo Decreto Legislativo, esto es, si cumple con los señalado expresamente en el numeral 2 del mismo artículo en el que se precisa que “las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 01 de este artículo, **solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueran desestimadas**”. [énfasis en nuestro]
- 3.3. Debe precisarse que uno de los fundamentos que se ha atribuido al principio de **reclamo expreso** radica en el aporte que éste significa para la obtención de un procedimiento arbitral ágil y eficaz, ya que constituye un mecanismo básico para obligar a las partes a dar a conocer sus objeciones al procedimiento en cada instante, impidiendo que éstas puedan afectar el desarrollo normal del arbitraje a través de reprochables estrategias de recursos de última hora por vicios que bien pudieron ser subsanados oportunamente; entonces para la Ley, cualquier tipo de circunstancias que pudiera implicar un perjuicio al desarrollo normal del procedimiento que dirigen los árbitros, debe ser puesta en conocimiento abierto de éstos, bajo riesgo de perderse para siempre la facultad de alegarlo con motivo de nulidad del laudo definitivo.

- 3.4. Así también, debe precisarse que el reclamo para ser tal debe ser oportuno, es decir, que el reclamo sea expuesto ante el Tribunal Arbitral no en cualquier momento, sino en aquel que pueda calificarse como adecuado, de acuerdo a las normas que regulan el procedimiento arbitral. Para ello será necesario prestar atención a dos factores; **primero:** la existencia de un cauce establecido por la Ley, el reglamento del Centro Arbitral (de tratarse de un arbitraje institucional), o el acuerdo de las partes, para encaminar el reclamo de la parte; y, **en segundo,** a falta de éste, la prontitud con que hubiera formulado el reclamo. Además de ser oportuno, debe ser expreso, entendiéndose por reclamo expreso, que no puede formularse en términos genéricos u omitiendo sustentarlo en base a fundamentos concretos referidos al vicio que luego será usado para pedir la nulidad del laudo. El recurrente deberá haber reclamado expresamente ante al árbitro el vicio que ahora menciona para pedir la nulidad del laudo.
- 3.5. En el caso en concreto, se aprecia que por escrito de fecha 11 de abril de 2019 –fojas 166 a 167-, la ENTIDAD optó por solicitar la integración de laudo; coligiendo del mismo que los fundamentos del acotado recurso son, en puridad, los mismos que los esbozados en el presente recurso de anulación de laudo. *En consecuencia, el Colegiado se encuentra habilitado para pronunciarse sobre el recurso interpuesto.*

De la debida motivación del laudo arbitral:

- 3.6. Resulta conveniente determinar si la posibilidad de hacer un control de la debida motivación realizada por el árbitro no colisiona con el Principio de Irrevisabilidad del criterio arbitral consagrado en el artículo 62° inciso 2) del Decreto Legislativo N°1071², entendido como aquella prohibición al juzgador de pronunciarse sobre el fondo de la controversia que fue resuelta en el arbitraje³, el cual aún teniendo razones para discrepar de la

²“2.El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

³ Someter a análisis por parte de los jueces el fondo de la controversia sometida a arbitraje, resultaría un contrasentido si fueron las mismas partes quienes a través del convenio arbitral renunciaron a la jurisdicción estatal y decidieron someterse a la competencia de los árbitros la solución del conflicto; ello sumado a la necesidad de dotar al arbitraje de cierto grado de firmeza, constituyen los motivos principales por los cuales se ha establecido la imposibilidad de modificar vía recurso de anulación los criterios adoptados por los árbitros al resolver el fondo de la controversia. Cfr. ALVA NAVARRO Esteban, “La Anulación del Laudo Arbitral”. Primera Edición-Agosto 2011.Mario Castillo Freyre Editor. Lima Pág. 69.

opinión del o los árbitros en cuanto a la valoración de los hechos y las pruebas presentadas en el expediente pertinente así como de las conclusiones expedidas en el mismo; su labor se encuentra limitada solo a decidir sobre la validez o invalidez del laudo en base a las causales estipuladas en la ley de la materia. Lo cual no implica que so pretexto de un control de la motivación que sustenta el laudo el juez de la anulación pueda ingresar a modificar el tema de fondo.

Dejando expresa constancia, que al referirnos a una decisión con pronunciamiento sobre el fondo no lo mencionamos como voz sinónima de motivación o valoración probatoria. *La adecuada motivación y valoración probatoria constituyen requisitos para que una decisión sea válida para el derecho, independientemente que esta sea acertada o no, tanto una decisión acertada o una que no lo es puede encontrarse debidamente motivada y con una valoración probatoria idónea, ya que una adecuada motivación no está relacionada con la decisión final adoptada, sino con la proscripción a la arbitrariedad, con el respeto a tener una justificación válida de por qué se decidió de una u otra forma, pudiendo sostenerse algo similar respecto a la valoración probatoria; tanto la motivación como la valoración probatoria son operaciones distintas al criterio usado para definir el fondo de la controversia, siendo el Principio de Irrevisabilidad aplicable solo a esto último.*

- 3.7. Tal como se ha señalado en el fundamento precedente, no obstante que las determinaciones del árbitro no pueden ser cuestionadas, sí es objeto de revisión el cómo se ha llegado a tal o cual interpretación de la norma, o conclusión de determinados hechos, ello a fin de cumplir con uno de los supuestos que encarna el principio del debido proceso que es el de la debida motivación.

Bajo ese orden de ideas, corresponde en el presente proceso examinar los cuestionamientos efectuados por la Entidad, a efectos de determinar si éstos están dirigidos a atacar el criterio del tribunal arbitral o a denunciar la carencia o defecto en el razonamiento que justifica dicho criterio.

Del análisis del Laudo Arbitral cuestionado:

- 3.8. En lo concerniente a la falta de motivación; y, motivación aparente en que habría incurrido el Tribunal Arbitral, debemos precisar que conforme lo dispone el numeral 01 artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071:

“El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación, alegue y pruebe:

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón hacer valer sus derechos”.

En tal sentido, para el presente caso, la Entidad no invoca los supuestos allí indicados; *sino que acusa la ausencia de motivación debido a una aparente e inexistente motivación.*

De las incidencias del proceso arbitral:

3.9. De las pretensiones contenidas en la demanda arbitral⁴:

Primera Pretensión Principal.- Se declare la existencia de vicios ocultos, (omisiones, deficiencias y vacíos), en la elaboración de los Estudios Definitivos para ejecución de obra, Expediente Técnico de Equipamiento y Estudio de Impacto Ambiental del PIP “Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencia y Servicios Especializados Nuevo Hospital Lima Este - Vitarte” -SNIP Nro. 57894 (Cláusula Primera del Contrato).

Segunda Pretensión Principal.- Se ordene que el Consorcio conformado por las empresas Asesores Técnicos S.A. ATA y Kukova Ingenieros SAC cumpla con reintegrar al Ministerio de Salud la suma de S/. 18'540,849.82, originada por las omisiones, deficiencias y vacíos en la elaboración de los Estudios Definitivos para ejecución de obra, Expediente Técnico de Equipamiento y Estudio de Impacto Ambiental del PIP “Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencia y Servicios Especializados Nuevo Hospital Lima Este - Vitarte” -SNIP Nro. 57894 (Cláusula Primera del Contrato) que ocasionaron que el Ministerio desembolse dicha cantidad al momento de la ejecución de la obra ante la imposibilidad de utilizar los estudios técnicos elaborados por el demandado, al descubrirse la existencia de vicios ocultos en los estudios técnicos que determinaron que el Constructor de la misma, esto es, Consorcio Ejecutor Ate, solicite y obtenga del Ministerio de Salud -en base a dichas deficiencias y omisiones del proyecto de obra -adicionales de obra por un monto total de S/.12,549,420.79 y mayores gastos generales por S/. 5'991,429.03, que asuma el importe solicitado como reembolso de S/. 18'540,849.82. [...].

⁴ Folios 25/43

Tercera Pretensión Principal.- Se ordene que el Consorcio conformado por las empresas Asesores Técnicos S.A. ATA y Kukova Ingenieros SAC pague el 100% de los gastos arbitrales (Honorarios de los señores y del secretario arbitral) y asuma el pago de los gastos que irroge la realización del presente proceso arbitral en in 100%.

3.10. Los puntos controvertidos fueron fijados en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios⁵:

De la demanda y su contestación:

- 1) Determinar si corresponde o no, amparar la excepción de caducidad deducida por el Consorcio ATA-KUKOVA, mediante escrito de fecha 24 de mayo de 2017.
- 2) Determinar si corresponde o no, amparar la excepción de prescripción deducida por el Consorcio ATA-KUKOVA, mediante escrito de fecha 24 de mayo de 2017.
- 3) Determinar si corresponde o no, declarar la existencia de vicios ocultos (omisiones, deficiencias y vacíos) en la elaboración de los Estudios Definitivos para ejecución de obra, Expediente Técnico de Equipamiento y Estudio de Impacto Ambiental del PIP "Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencia y Servicios Especializados Nuevo Hospital Lima Este - Vitarte" -SNIP Nro. 57894 (Cláusula Primera del Contrato).
- 4) Determinar si corresponde o no, ordenar que el Consorcio conformado por las empresas Asesores Técnicos S.A. ATA y Kukova Ingenieros SAC pague a título de reintegro a favor del Ministerio de Salud la suma de S/. 18'540,849.82, por las omisiones, deficiencias y vacíos en la elaboración de los Estudios Definitivos para ejecución de obra, Expediente Técnico de Equipamiento y Estudio de Impacto Ambiental del PIP "Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencia y Servicios Especializados Nuevo Hospital Lima Este - Vitarte" -SNIP Nro. 57894 (Cláusula Primera del Contrato), monto que fue desembolsado por el Ministerio de Salud durante la ejecución de obra ante la imposibilidad de utilizar los estudios técnicos elaborados por el Consorcio ATA-KUKOVA que presentaban la existencia de vicios ocultos que determinaron que el Contratista Ejecutor solicite y obtenga en base a dichas deficiencias y omisiones en el proyecto de obra:

⁵ Folios 48/49

- a. La aprobación de adicionales de obra por un monto de S/. 12'549,420.79 y,
 - b. La aprobación de mayores gastos generales por S/. 5'991,429.03.
- 5) Determinar si corresponde o no, ordenar que el Consorcio conformado por las empresas Asesores Técnicos S.A. -ATA y KUKOVA Ingenieros SAC pague al Ministerio de Salud los intereses legales devengados de la suma reclamada como pretensión hasta el momento efectivo del pago.

Punto Controvertido Común:

- 6) Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

3.11. Del laudo de fecha 27 de marzo de 2019⁶:

PRIMERO.- Declárese Infundada la excepción de caducidad formulada por Consorcio ATA-KUKOVA, mediante su escrito S/N, de fecha 24 de mayo de 2017, analizada en el primer punto controvertido; en consecuencia, se declara la inexistencia de caducidad respecto de la acción ejercida por el Ministerio de Salud.

SEGUNDO.- Declárese infundada la excepción de prescripción formulada por Consorcio ATA-KUKOVA, mediante su escrito S/N de fecha 24 de mayo de 2017, analizada en el segundo punto controvertido; en consecuencia, se declara la inexistencia de prescripción extintiva de la acción ejercida por el Ministerio de Salud.

TERCERO.- Declárese improcedente la primera pretensión principal de la demanda arbitral de fecha 4 de mayo de 2017, analizada en el tercer punto controvertido; en consecuencia, se declara la inexistencia de vicios ocultos en los hechos que motivaron aprobación de adicionales de obra y reconocimiento de mayores gastos generales, toda vez que de las deficiencias atribuidas al expediente técnico o se configuran como vicio oculto; dejándose a salvo su derecho para que, de considerarlo conveniente, pueda hacerlo valer en la forma y oportunidad que corresponda a ley.

CUARTO.- Declárese improcedente la segunda pretensión principal de la demanda arbitral de fecha 4 de mayo de 2017, analizada en el cuarto punto controvertido; en consecuencia, se declara que lo pretendido por el

⁶ Folios 44/165

Ministerio de Salud no corresponde con la figura legal aplicable al presente caso, toda vez que la acción estimatoria derivada de vicios ocultos tiene una finalidad distinta a la que ha sido demandada; dejándose a salvo su derecho para que, de considerarlo conveniente, pueda hacerlo valer en la forma y oportunidad que corresponda a ley.

QUINTO.- Declárese improcedente la tercera pretensión principal de la demanda arbitral de fecha 4 de mayo de 2017, analizada en el quinto punto controvertido; en consecuencia, se declara la imposibilidad, por parte de este Tribunal Arbitral, de pronunciarse sobre el fondo de la pretensión por cuanto por su naturaleza, ésta tiene el carácter de accesoriedad a la primera pretensión principal, por lo que al haberse declarado improcedente la segunda pretensión principal de la demanda arbitral, ésta también deviene en improcedente.

SEXTO.- Declárese Infundada la excepción de caducidad formulada por Consorcio ATA-KUKOVA, mediante su escrito S/N, de fecha 20 de septiembre de 2018, analizada en el sexto punto controvertido; en consecuencia, se declara la inexistencia de caducidad respecto de la acción ejercida por el Ministerio de Salud.

SÉPTIMO.- Declárese infundada la excepción de prescripción formulada por Consorcio ATA-KUKOVA, mediante su escrito S/N , de fecha 20 de septiembre de 2018, analizada en el séptimo punto controvertido; en consecuencia , se declara la inexistencia de prescripción extintiva de la acción ejercida por el Ministerio de Salud.

OCTAVO.- Declárese improcedente la primera pretensión principal de la demanda arbitral acumulada (derivada del pedido de acumulación de pretensiones de fecha 25 de junio de 2018) de fecha 03 de septiembre de 2018, analizada en el octavo punto controvertido; en consecuencia, se declara la inexistencia de vicios ocultos en los hechos que motivaron aprobación de adicionales de obra y reconocimiento de mayores gastos generales, toda vez que no las deficiencias atribuidas al expediente técnico no se configuran como vicio oculto; dejándose a salvo su derecho para que, de considerarlo conveniente, pueda hacerlo valer en la forma y oportunidad que corresponda a ley.

NOVENO.-Declárese improcedente la segunda pretensión principal de la demanda arbitral acumulada (derivada del pedido de acumulación de pretensiones de fecha 25 de junio de 2018); en consecuencia, se declara que no corresponde ordenar a Consorcio ATA-Kukova el pago de concepto indemnizatorio alguno; toda vez que lo pretendido por el Ministerio de

Salud no corresponde con la figura legal aplicable al presente caso, debido a que la acción estimatoria derivada de vicios ocultos tiene una finalidad distinta a la que ha sido demandada; dejándose a salvo su derecho para que, de considerarlo conveniente, pueda hacerlo valer en la forma y oportunidad que corresponda a ley.

DÉCIMO.- Dispóngase en relación al punto controvertido común que ambas partes asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo; en consecuencia, se ordena que Consorcio ATA-Kukova pague -en vía de devolución- al Ministerio de Salud la suma neta de S/. 99,329.17 por concepto de honorarios profesionales del Tribunal Arbitral, los mismos han sido pagados por el Ministerio de Salud en subrogación del Consorcio Ata-Kukova.

Del escrito de Integración de Laudo:

3.12. Con fecha 11 de abril de 2019⁷, la Entidad solicitó la integración del laudo, bajo los mismos términos que los esbozados en el presente recurso de anulación.

Por resolución N° 46 de fecha 20 de agosto de 2019⁸, el Tribunal Arbitral, declaró: infundado el pedido de integración de Laudo Arbitral formulado por el Ministerio de Salud y ratifica el laudo arbitral emitido con fecha 27 de marzo de 2019 en todos sus extremos, debiendo entenderse el mismo, conforme a su redacción original.

Del análisis concreto del laudo:

3.13. La Entidad sustenta su cuestionamiento, en síntesis:

- i) El laudo dice que el vicio oculto no califica como uno oculto, por cuanto de la revisión especializada llevada a cabo por el OIST SA, se aprecia que la misma pudo haber sido detectable dada la especialidad de las personas que revisaron el Expediente Técnico; empero, era el Tribunal quien debía referirse de manera concreta a cada uno de ellos, analizando el Informe Pericial que presentaron.

⁷ Folios 166/167

⁸ Folios 169/174

- ii) Si bien existieron defectos que eran advertibles por el Supervisor, el Tribunal no indica de qué forma se pudo advertir a pesar que se indicó que se trataba de incompatibilidades entre planos de las diferentes especialidades y el Expediente Técnico. El análisis que debió desarrollar el Tribunal precisamente determinaría establecer si se trataba de defectos detectables o vicios ocultos en el Expediente Técnico.
- iii) El sustento de las pretensiones son de carácter técnico, por lo que se presentaron informes técnicos que no fueron tachados ni observados por la demandada, por lo que correspondía que el Tribunal realice el análisis técnico de los medios probatorios, al no haberlo hecho no puede señalar que no se ha probado la existencia de vicios ocultos.
- iv) La prueba que no se ha realizado un análisis técnico a cada uno de los adicionales de obra es que se ha realizado una copia exacta de las opiniones del OSCE, lo cual denota una omisión en la fundamentación y motivación.
- v) El laudo no se ha pronunciado respecto a que conforme al Informe de Auditoría 287-2017 se ha establecido que las ampliaciones de plazo se produjeron por demora en las respuestas de las consultas por parte del proyectista.

3.14. En ese sentido, conforme se advierte del Laudo el Tribunal Arbitral desarrolla el análisis y justificaciones del tercer punto controvertido de acuerdo a lo expresado de fojas 31 a 93 del laudo; para el efecto, se colige que el Tribunal Arbitral inicialmente no solo ha establecido el marco doctrinario y jurisprudencial referente a vicios ocultos, sino que empieza refiriéndose a la Real Academia Española para conocer qué se entiende por vicios ocultos.

3.15. En cuanto a la doctrina, se expresa en el laudo que ésta entiende por vicios ocultos *“toda imperfección existente sobre el bien transferido, que lo hace inadecuado para el propósito de su adquisición. El bien transferido al adquiriente en propiedad, posesión o uso, debe presentar un vicio o defecto que ordinariamente no presentaría y cuya existencia afecta el disfrute del mismo, al grado de volverlo inútil para la finalidad por la cual se adquirió”*.

- 3.16. Es importante señalar que a fin de establecer un concepto único que sirva de referencia para el desarrollo del proceso arbitral, el Tribunal Arbitral, ha recogido el concepto señalado por el OSCE, el Código Civil, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento:

Así, señala que según el OSCE *“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 contratación”*.

Agrega, que si bien el *Código Civil* no define directamente lo que se debe entender por vicio oculto; lo que si regula es la responsabilidad que existe en el transferente respecto a los vicios que existen al momento o de la transferencia; en ese sentido el artículo 1503 de dicho cuerpo normativo refiere que *“El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia”*. Lo cual lleva concluir al Tribunal Arbitral, que *“el transferente se encontraría obligado a responder por un vicio o defecto que ordinariamente no presentaría y cuya existencia afecta el disfrute de la cosa, al grado de volverlo inútil para la finalidad por la cual se adquirió”*.

Indica que el artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado establece: *“El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo o menor de 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 años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda. Las bases deberán establecer el plazo máximo de responsabilidad del contratista”*.

El artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que: *“(…). La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos”*.

- 3.17. Así, el Tribunal Arbitral concluye que para el sistema legal de contrataciones del Estado, 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

podieron 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 contratación. Pudiéndose, en el caso de supuestos de contrataciones con el Estado, configurarse vicios ocultos sobre bienes o servicios.

- 3.18.** Bajo esta premisa y establecido el criterio sobre vicios ocultos, el Tribunal se avoca a **determinar si las deficiencias técnicas encontradas en el expediente técnico pueden considerarse como vicios ocultos o no.**

Así, este Colegiado advierte que el Tribunal Arbitral ha analizado cada uno de los 24 Adicionales; dicho análisis ha permitido verificar en cada caso, la causa que motivó el pedido de adicional, para ello, es evidente que se ha remitido a cada una de las Resoluciones Ministeriales y/o Informes emitidos para tal fin por el MINSA y que se detallaron en el Anexo 1 del escrito de demanda arbitral que a continuación copiamos:

ANEXO N° 01

"FORTALECIMIENTO DE LA ATENCIÓN DE LOS SERVICIOS DE EMERGENCIAS Y SERVICIOS ESPECIALIZADOS-NUEVO HOSPITAL DE LIMA ESTE-VITARTE"- SNIP 57894.

Monto del Contrato **S/. 157,394,047.16**

Fecha del presente Informe **10 de Mayo de 2016**

Adicional N°	Descripción	Monto Adicional S/.	Monto Deductivo S/.	N° Expediente	Causal
1	Cisterna	152,085.34	54,298.56	Aprobado	Deficiencias detectadas en el Expediente Técnico, al no haberse considerado las dimensiones exactas de las cisternas, por lo que se requirió rediseñar los elementos estructurales.
				R.M. 405-2014/MINSA	
				30/05/2014	
2	Voladizos Sector C-1	21,115.11	0.00	Aprobado	Deficiencias detectadas en el Expediente Técnico, falta de compatibilización en las especialidades de Arquitectura y Estructuras, no se consideraron los voladizos que cumplen la función de corredores
				R.M. 481-2014/MINSA	
				25/05/2014	
3	Ducto de Ascensor del Sector C-2	1,997.13	0.00	Aprobado	Deficiencias en el Expediente Técnico, incompatibilidad de los planos de Arquitectura y de Estructuras, los planos E-100 y E-101 no detallan la escalera 14 que comunica la cocina ubicada en el sótano con las bombas de vapor y el ducto técnico
				R.M. 553-2014/MINSA	
				21/07/2014	
4	Ducto Técnico	82,679.32	0.00	Aprobado	Deficiencias en el Expediente Técnico, no se tiene detalle estructural del ducto técnico
				R.M. 584-2014/MINSA	
				05/08/2014	
5	Columna Sector C3	138,979.37	138,252.92	Aprobado	Error detectado en el Expediente Técnico, en los planos de Estructuras, las columnas del sótano no guardan la relación de dimensionamiento con los demás niveles, por lo que se volvió a redimensionar dichas columnas y a reforzar las mismas
				R.M. 689-2014/MINSA	
				15/09/2014	
6	Volado Sector C-2	19,676.33	0.00	Aprobado	Deficiencias en el Expediente Técnico, en arquitectura se tiene un volado en el tercer piso y en el plano E-43 se ha omitido el detalle estructural de este volado
				R.M. 809-2014/MINSA	
				28/10/2014	
7	Techos de Escaleras	-	-	Se denegó	ADICIONAL DENEGADO
				R.M. 861-2014/MINSA	
				13/11/2014	
8	Act. de E. T. de Cableado Estructurado, Equipamiento Informático y Sistema de Información	23,949,554.28	15,801,928.56	Aprobado	Deficiencias detectadas en el Expediente Técnico, incumple normas del Reglamento nacional de Edificaciones y estándares internacionales de Cableado Estructurado
				R.M. 111-2015/MINSA	
				23/02/2015	
9	Sistema de agua contra incendio-sótano, 1er y 2do nivel	568,106.91	403,923.68	Aprobado	Omisiones y deficiencias detectadas en el Expediente Técnico, el cual no considero los planos del sistema de agua contra incendio en el sótano, 1er y 2do nivel
				R.M. 021-2015/MINSA	
				13/01/2015	
10	Impermeabilización de cobertura con Bitumen, cubierta de ladrillo pastelero y tapajunta (Sector B- 1er. Piso)	109,204.36	0.00	Aprobado	Deficiencias detectadas en el Expediente Técnico, no se consideró impermeabilizar la cobertura con bitumen, ni ladrillo pastelero y tapajunta en el primer piso sector B1
				R.M.150-2015/MINSA	
				09/03/2015	
11	Grupo electrógeno	1,265,731.78	328,836.50	Aprobado	Deficiencias detectadas en el Expediente Técnico, en lo concerniente a los tableros eléctricos para el aire acondicionado de las salas de operaciones, de partos y sala de hospitalización no están conectados a este sistema de emergencia
				R.M.214-2015/MINSA	
				07/04/2015	
12	Estructura en ingreso principal y placa de escalera autoportante Sector C-1	54,943.40	0.00	Aprobado	Omisiones y deficiencias detectadas en el Expediente Técnico, ambos han sido diseñados en los planos de arquitectura, pero en los planos de estructuras se omite los diseños y detalles estructurales que permiten su ejecución.
				R.M.278-2015/MINSA	
				28/04/2015	
13	Tuberías de desagüe para aguas residuales a altas temperaturas con tuberías de cobre (cocina y lavandería)	78,667.97	1,477.63	Aprobado	Deficiencias detectadas en el Expediente Técnico, no se ha considerado tuberías de desagüe que resisten descargas de aguas servidas con temperatura que oscilan entre 80 ° C en la zona de cocina y lavandería.
				R.M.345-2015/MINSA	
				01/08/2015	



14	Cambio de detalles de acabados en ambientes (tomografía, mamografía y administración)	86,582.01	25,537.06	Aprobado	Omisión y deficiencias en el Expediente Técnico, se ha omitido para la sala de Tomografía las puertas con plancha de plomo, se ha considerado tarrajeo normal en vez de tarrajeo con barilina, contrazocalo sanitario en vez de contrazocalo vinílico semirrígido en la sala de Tomografía, Comando, vestuario, Mamografía.
				R.M.362-2015/MINSA	
15	Cambio de tubería de Cu. para sistema de vacío quirúrgico de 1/2" a 3/4", estructura metálica para soporte de Chiller, instalación de desagüe colgades en ambiente de tomografía y UCI	503,019.86	59,538.88	Aprobado	Deficiencias en el Expediente Técnico, se ha considerado tubería de cobre de 1/2" para sistema de Vacío Médico Quirúrgico, de acuerdo a la Norma NFPA99 vigente, tubería de cobre de 3/4", no ha considerado la estructura de soporte de Chiller, instalaciones de desagüe colgades en los ambientes de Tomografía y UCI, debiéndose cambiar tuberías de PVC a cobre.
				R.M.430-2015/MINSA	
16	Presurización de escaleras N° 07 y 11	150,763.40	0.00	Aprobado	Omisión y deficiencias en el Expediente Técnico, las escaleras 7 y 11, son de evacuación y por lo tanto son presurizadas, de acuerdo a las normas vigentes las escaleras de evacuación deben ser presurizadas.
				R.M.507-2015/MINSA	
17	Contrazocalos sanitarios en ambientes de duchas	15,119.54	0.00	Aprobado	Omisión y deficiencias técnicas en el expediente técnico, toda vez que permite el control de la asepsia y facilidad de limpieza.
				R.M.580-2015/MINSA	
18	Ambientes de centrales de vacío, aire comprimido y oxígeno, losa flotante para equipo de aire acondicionado y ventilación	203,526.26	56,568.82	Aprobado	Omisión en el expediente técnico, toda vez que en los planos de estructuras no está el diseño estructural de los ambientes de centrales de vacío, aire comprimido y oxígeno, siendo necesario que se elabore el diseño estructural y partidas de Arquitectura para la colocación de los equipos de gases medicinales, losa flotante incompleta.
				R.M.586-2015/MINSA	
19	Sellante elástico de poliuretano en juntas entre elementos estructurales y muros de albañilería en interiores/cambio de vidrio separador por cortina de UCI y JCIN	361,142.03	15,356.40	Aprobado	Omisión en el expediente técnico no ha considerado el relleno de juntas en detalle de acabado de las juntas verticales (entre columnetas y columnas/placas) y juntas horizontales (entre tabiquerías-vigas/aligerado), siendo que, el sellante elástico se constituye como una necesidad por la condición técnica que deben cumplir las juntas. La separación de cubículos de camas por cortinas antibacterianas, permite la implementación de un sistema de ventilación mecánica eficiente, cuyo sistema de extracción sirve a cada cama.
				R.M.737-2015/MINSA	
20	Ascensor Montapaquete/Protector de esquina en zócalo de cerámica y/o porcelanato (perfil de aluminio)	208,360.77	0.00	Aprobado	Omisión en el expediente técnico, La instalación del Montapaquete permitirá el traslado de medicinas del sótano al primer piso donde se encuentra los almacenes, evitando contacto con personas ajenas a esta área. Con la colocación del protector en los zócalos tanto de cerámica y/o porcelanato, evitará que se produzcan daños por impactos originados por las camillas u otros equipos, que originarían quiebraduras, afectando no solo el acabado, sino también al personal que labora o pacientes pudiéndose dar origen a cortes en la piel.
				R.M.777-2015/MINSA	
21	Puertas de closet en ambientes de comunicaciones/nuevas cajas de volumen constante/cubierta frontal para alarmas audiovisuales	111,935.35	0.00	Aprobado	Omisión en el expediente técnico, Las cajas de volumen constante VAC 2-9, VAC 2-10, VAC 3-8 y VAC 3-9 no se indica las características técnicas que nos permita definir caudal, ambiente que acondicione y las características eléctricas; Las alarmas audiovisuales por norma las alarmas deberían estar ubicadas en el interior de la sala de operaciones, por cuanto brindan información de la operatividad y presión de los gases medicinales durante las intervenciones quirúrgicas.
				R.M.805-2015/MINSA	
22	Cuarto de maquina y PIT en ascensores/bomba para equipos de chillers	504,826.03	94,892.18	Aprobado	Omisión en el expediente técnico, Cuarto de Máquinas y PIT en Ascensores no han sido considerados en el expediente técnico.
				R.M.072-2016/MINSA	

DURIA P.

				En trámite	
23	Obras Exteriores y Cerco Perimétrico	0.00	0.00		Deficiencias en el expediente técnico, en lo que respecta al cerco metálico, espesores de perfiles metálicos muy delgado, no permitiendo un acabado adecuado (perforaciones en el perfil metálico). El cerco perimétrico de concreto los niveles encontrados en el terreno son los mismos del expediente, como consecuencia se han considerado, muros, calzaduras y otros
24	Juntas flexibles adicionales en redes de gases medicinales / Enchaquetado en ductos de aire acondicionado en zonas exteriores / Falso cielo raso en nuevos ambientes / Ventilación mecánica en nuevos ambientes.	1,154,648.03	221,552.58	Aprobado	Omisión en el expediente técnico (planos de la especialidad de Instalaciones Mecánicas) no consideró que, en todos los sectores donde las tuberías de gases medicinales atraviesan juntas sísmicas, se debe colocar dichas uniones, el enchaquetado de ductos metálicos se da con la finalidad de proteger el aislamiento térmico de los ductos de aire acondicionado, ya que sin este enchaquetado, el aislamiento térmico se deteriora con el sol, perdiendo sus propiedades de aislar y por ende se origina que el aire frío que fluye por dichos ductos gana el calor absorbido por el ferro galvanizado expuesto al sol. En el expediente técnico existen ambientes donde se aprecian instalaciones diversas colgadas, las cuales están expuestas y propensas a la acumulación de polvo en la parte superior, no cumpliendo las condiciones de asepsia que requiere el Hospital; por lo que, es necesario e indispensable que estos ambientes cuenten con un falso cielo raso que recubra las instalaciones-
				R.M.292-2016/MINSA	
SUB - TOTAL		29,751,684.56	17,202,263.77		
Total Adicional – Deductivo Vinculante S/.		S/. 12,549,420.79			
Porcentaje . de Incidencia (%)		7.973%			

- 3.19. Conforme se advierte de los considerandos precedentes que recogen los principales Fundamentos del laudo, el Tribunal Arbitral no solo tuvo a la vista los Informes y/o resoluciones ministeriales que motivaron cada uno de los adicionales, sino que respecto a éstos, se ha remitido y analizado la parte pertinente, en la que se puede apreciar la causa que motivó el pedido de Adicional de Obra; esto permite colegir que no se ha limitado a copiar el número de informe y resolución, sino que ha hecho análisis de los mismos y expresado las razones que ha considerado pertinente.
- 3.20. De otro lado, teniendo como premisa que “uno de los elementos configuradores del vicio oculto, entre otros, es que la ***imperfección denunciada*** no sea perceptible al momento de la entrega (oculto) del bien” el análisis de cada Adicional tiene como sustento también otros documentos: Resolución Directoral Nro. 08-2012-DGIEM, de fecha 7 de marzo de 2012, Carta Nro. 200-2011-OIST, de fecha 20 de octubre de 2011, y Carta Nro. 231-2011-OIST, de fecha 24 de noviembre de 2011, lo que de acuerdo a su justificación les permite apreciar que: “el vicio denunciado no califica como uno oculto por cuanto de la revisión especializada llevada a cabo por el OIST S.A. (supervisores encargados de dar el visto bueno al Expediente Técnico), se aprecia que la misma pudo haber sido perfectamente detectable dada la especialidad de las personas que revisaron el Expediente Técnico”.

- 3.21. Conforme señala el Tribunal Arbitral, su conclusión respecto a que el vicio denunciado no califica como uno oculto, se ve reforzado a partir de la Opinión Nro. 014-2015/DTN, de fecha 23 de enero de 2015, donde el OSCE refiere que: *“De esta manera, un expediente técnico presenta un vicio oculto cuando, luego de culminado el contrato de consultoría de obra, se advierten defectos en el expediente técnico que no podían ser apreciados a simple vista o empleando la diligencia ordinaria, y que impiden que la Entidad lo pueda utilizar adecuadamente”*.
- 3.22. Otro aspecto que debe tenerse presente es que el Tribunal Arbitral ha tenido a la vista, al momento de resolver, el Informe de Auditoría Nro. 287-2017-CG/MPROY-AC, elaborado por la Contraloría General de la República, el cual arribó, conforme señala el Tribunal Arbitral, a una serie de conclusiones, de las cuales enfatiza la siguiente: *“De los hechos indicados, se advierte que los servidores y funcionario de la Entidad no habrían cautelado el cumplimiento del programa arquitectónico que puede afectar los niveles de atención, originado por la conducta negligente de los funcionarios, quienes, durante la ejecución del expediente técnico, no se han monitoreado, ni cautelado su correcta ejecución”*.
- 3.23. También en la página 43 del laudo-el Tribunal Arbitral señala: *“Conforme puede apreciarse, la Entidad estatal encargada de fiscalizar el correcto funcionamiento del Estado ha concluido que ha sido de responsabilidad de la propia entidad contratante no apreciar la existencia de discrepancias entre el Expediente Técnico y los parámetros requeridos, toda vez que los profesionales técnicos encargados de tal labor realizaron sus labores sin tener el nivel de atención y diligencia debida. A partir de ello, se tiene que, una vez más **ha quedado establecido que los vicios ocultos a los que se refiere el Demandante no son tal, sino que los mismos son consecuencia de la negligencia y falta de atención de los profesionales que aprobaron el Expediente Técnico, por cuanto de haber actuado de forma diligente los mismos eran perfectamente apreciables.** En este tenor, a el Tribunal Arbitral le queda claro que la Entidad tuvo la oportunidad y condiciones para poder detectar el error en las dimensiones de la estructura, más aun si de la lectura de dichos informes se aprecia que tuvieron a la mano los planos, referencias, y demás a efectos de poder contrastar si lo entregado por el Demandado calzaba con lo requerido por el Demandante; es así, que respecto a la imperfección que motivó el Adicional Nro. 1 no resulta ser uno que pueda ser considerado como vicio oculto”*. **Negrita es nuestra.**

- 3.24. La conclusión arribada por el Tribunal Arbitral, a la que nos hemos referido en el Fundamento 3.23 precedente, es en esencia la misma para cada Adicional, lo cual es congruente con el análisis desarrollado por el Tribunal Arbitral, por cuanto se trata del mismo Expediente Técnico, y porque las cartas y resoluciones ministeriales, así como el Informe de Auditoría que han tenido a la vista, son todos referidos a la totalidad de Adicionales bajo estudio.
- 3.25. Es asimismo pertinente transcribir la conclusión final respecto al tercer punto controvertido al que arriba el Tribunal Arbitral⁹:

*“Conforme este Tribunal ha podido señalar, ninguno de los veinticuatro adicionales antes señalados pueden ser considerados como consecuencia de vicios ocultos en el expediente técnico, por cuanto éstos no han cumplido con los requisitos requeridos para la **configuración de tal institución jurídica - vicios ocultos-**; bajo este tenor, tenemos que los S/. 12´549,420.79 pagados por la Entidad por las deficiencias encontradas en el Expediente Técnico, no pueden tener su causa u origen en un vicio oculto. (**el resaltado es nuestro**)*

En relación esto último, es importante destacar que a partir de los fundamentos esgrimidos por el Demandante y Demandado, este Tribunal aprecia que en ninguno de los adicionales antes analizados estos tengan su origen en la existencia de vicios ocultos; no obstante, lo señalado no implica la inexistencia de falencias en el Expediente Técnico, tal como lo postula el Demandante; sin embargo, ello es de imposible pronunciamiento, por cuanto la pretensión que es materia de análisis se limita a determinar si existen o no vicios ocultos en el expediente técnico elaborado por el Consorcio, Es así que se deja libre el derecho del Demandante de poder recurrir a un Colegiado Arbitral diferente a efectos de hacer valer sus derechos respecto a la existencia o no, de deficiencias técnicas en el Expediente de Obra elaborado por el Demandado.

De un análisis cruzado de cada uno de los documentos e información que obra en el expediente –y citado en el fundamento del presente punto controvertido- este Tribunal Arbitral encuentra que la Entidad, debidamente representada por su Supervisor, estuvo en condiciones de poder detectar las imperfecciones que motivaron los adicionales, y ello es así por cuanto quienes revisaron el trabajo realizado por el Demandado fueron –supuestamente- especialistas en la materia y conocedores de los parámetros fácticos y normativos que implica una obra como lo es un hospital.

⁹ Folios 134/135 (páginas 91 y 92 del Laudo)

Del mismo modo, este Tribunal Arbitral ha podido detectar que, en diversos adicionales, los cuestionamientos que se hacían al Expediente Técnico no resultaban tener la condición de esenciales, por cuanto –si bien eran errores de cálculo o estimación- estos no resultaban tener una condición de irreparables o tornaban al Expediente Técnico en inservible, con lo cual, nuevamente, no se cumplía con el requisito de esencialidad del vicio.

En conclusión, a partir del análisis realizado del presente punto controvertido, este Tribunal Arbitral debe concluir este extremo declarando que la pretensión contenida en el presente punto controvertido se declara IMPROCEDENTE por cuanto de la lectura y revisión de los documentos y hechos que obran en autos no se aprecia que las imperfecciones denunciadas cumplan con los requisitos intrínsecos y necesarios para poder asignarles la categoría de vicio oculto.

*En este estado, resulta de cardinal importancia destacar que en el presente punto controvertido el Tribunal ha efectuado el análisis de la presunta existencia de vicios ocultos en la elaboración del expediente técnico objeto del Contrato Nro. 277-2009-MINSA, que constituye la causa petendi de la pretensión demandada, habiendo concluido que la mencionada causa petendi no se configura como vicio oculto, lo cual, **no equivale a decir que el mencionado expediente técnico no haya presentado deficiencias técnicas en su elaboración.** Dicho en otros términos, la aprobación de los diversos adicionales de obra alegados, si bien podrían tener su origen en la presunta elaboración defectuosa del expediente técnico, tales deficiencias en las prestaciones a cargo del Contratista, no se configuran como vicio oculto en términos específicos; por lo que se deja a salvo su derecho para que, de considerarlo conveniente, pueda hacerlo valer en la forma y oportunidad que corresponda a ley”. (el resaltado es nuestro)*

- 3.26.** Estando a lo señalado en los Fundamentos **3.14 a 3.25** de esta resolución, se establece que el Tribunal Arbitral ha realizado un suficiente análisis del tercer punto controvertido, respecto del cual **ha sustentado que las imperfecciones que se alegó la Entidad no configuran vicios ocultos; y según su criterio los errores que se mencionan no tiene la condición de irreparables o no tornaban al Expediente Técnico en inservible.**
- 3.27.** Ahora bien, la Entidad cuestiona que el Tribunal debió haber realizado un “análisis técnico” de los medios probatorios presentados o solicitar la opinión de un perito técnico en la materia; al respecto, como lo ha explicado y señalado el Tribunal, según su criterio ello es de imposible pronunciamiento, por cuanto la pretensión que es materia de análisis se limita a determinar si existen o no vicios ocultos en el expediente técnico

elaborado por el Consorcio y del análisis desarrollado, y según la configuración jurídica desarrollada y esbozada en el texto del laudo han podido verificar que ninguno de los 24 adicionales pueden ser considerados como vicios ocultos en el expediente técnico, por cuanto éstos no han cumplido con los requisitos requeridos para la configuración de tal institución jurídica.

- 3.28. Es decir, el Tribunal ha desplegado un análisis jurídico que buscó establecer la existencia de vicios ocultos en el Expediente Técnico, análisis que lo llevó a concluir que ninguno de los adicionales podían considerarse como tal, pues es evidente según su apreciación en mérito a su valoración del Informe de Auditoría Nro. 287-2017-CG/MPROY-AC, elaborado por la Contraloría General de la República.
- 3.29. De otro lado, la Entidad sostiene que el Tribunal debió recurrir a un perito en la materia a fin de establecer la existencia de vicios ocultos; al respecto, esa es una potestad del Tribunal; y conforme lo prescrito en el inciso 2. del artículo 62 de la Ley de Arbitraje, este Colegiado es categórico en manifestar que se encuentra impedido de pronunciarse no solo sobre el fondo de la controversia sino también sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal.

En el mismo sentido la doctrina nacional informa que: “El recurso de anulación tiene un contenido limitado y va dirigido a velar por el cumplimiento de la pureza del procedimiento arbitral y su procedencia pero nunca a revisar el fondo del asunto ni la decisión que sobre el mismo los árbitros hayan podido adoptar (...) **No es posible discutir los fundamentos del laudo ni el acierto de sus disposiciones**, porque no se transfiere al tribunal revisor la facultad de decidir, que es exclusiva de los árbitros, porque las partes han querido precisamente excluir a los tribunales de intervención, que solo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas, que son precisamente las que tratan de salvaguardar los motivos por los que puede interponerse”¹⁰. (resaltado nuestro)

- 3.30. También en el ítem 8 del presente recurso de anulación la Entidad manifiesta: “[...] motivo por el cual no se puede argumentar que no se ha probado

¹⁰ LEDESMA NARVAEZ, MARIANELLA, Laudos Arbitrales y Medios Impugnatorios, en Cuadernos Jurisprudenciales, Gaceta Jurídica, Lima, Noviembre 2005

la existencia de vicios ocultos si es que es el Tribunal Arbitral es quien no ha realizado el análisis técnico que correspondía a los medios probatorios presentados". Argumento del que se colige que la Entidad no es específica respecto a qué medios probatorios –en concreto- se refiere, lo que denota falta de recisión y falta de claridad; sin perjuicio de ello es de apreciarse de la demanda arbitral que corre a fojas 25 a 43, que la Entidad presentó los siguientes medios probatorios:

1. *El mérito del Contrato Nro. 263-2009-MINSA suscrito entre el Ministerio de Salud y el consorcio demandado.*
2. *El mérito de los Términos de Referencia de la Elaboración de Estudios Definitivos de la Obra identificad con SNIP Nro. 57894.*
3. *Copia del Informe Nro. 285-20416-UO-DI-DGIEM/MINSA.*
4. *Copia del Informe de auditoría del MINSA*
5. *El mérito de la copia de Informes y Cartas de DGIEM y OGAJ, que acreditan y valoran las omisiones, vacíos y deficiencias contenidas en los adicionales del 1-24 –Tomos I-II y III; y mayores gastos generales.*

Al respecto, en la página 20 del Laudo –fojas 63 del visor-, el Tribunal ha hecho la siguiente precisión: *"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".* Así, se aprecia que lo expresado por el Tribunal responde por sí solo el cuestionamiento hecho por la Entidad, más aun, si no se expresa de manera clara e inequívoca cuál o cuáles serían los medios probatorios que no habrían merecido el análisis del Tribunal y que habrían sido determinantes para probar la existencia de vicios ocultos. Debiendo recalcarse que de acuerdo a las justificaciones expresadas por el Tribunal Arbitral la existencia de vicios ocultos parte de su configuración jurídica.

- 3.31.** En el ítem 12 del recurso de anulación de laudo, la Entidad señala: *"Asimismo, en relación a lo dispuesto en el laudo arbitral respecto a que en el Informe de Auditoría Nro. 287-2017-CG/MPROY-AC se ha establecido que es el Ministerio de Salud quien tiene responsabilidad en la aprobación de adicionales*

incluyendo partidas no indispensables, debe tenerse presente que es el mismo informe de auditoría que también ha establecido que las ampliaciones de plazo se produjeron por demora en las respuestas de las consultas por parte del proyectista, argumento que ha sido desarrollado en el proceso y que no ha merecido ningún pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Arbitral”.

Al respecto, en la presente Resolución –ver Fundamento 3.22- se ha hecho mención que el Tribunal Arbitral, al resolver, se ha remitido al Informe de Auditoría Nro. 287-2017-CG/MPROY-AC, elaborado por la Contraloría General de la República; es decir, el estudio del acotado documento, ha permitido al Tribunal Arbitral asumir el criterio que sustenta, que en el presente caso los Adicionales no configuran vicios ocultos; siendo evidente que, con lo denunciado lo que se pretende es cuestionar la valoración de éste documento, **debiendo acotarse que conforme se ha precisado en el Fundamento 3.6 de la presente resolución el Principio de Irrevisibilidad se torna más estricto cuando se cuestiona la admisión, pertinencia de los medios probatorios y valoración probatoria de los mismos.**

3.32. De lo expuesto en los considerandos precedentes se colige que **lo que pretende la Entidad con la presente demanda, es que se haga una revaluación de los criterios asumidos por el Tribunal Arbitral al emitir el laudo;** buscando que se emita **pronunciamiento de fondo** sobre la posibilidad de que se declare la existencia de vicios ocultos, sin considerar que el Colegiado Superior se encuentra impedido de revalorar la prueba y no puede pronunciarse respecto a si es o no correcta la posición del Tribunal Arbitral al señalar que las imperfecciones que motivaron los Adicionales no califican como un vicio oculto, de hacerlo, estaría contraviniendo la finalidad de los procesos de anulación de laudo arbitral y concretamente lo dispuesto en el artículo 62 inciso 2 de la Ley de Arbitraje, tantas veces mencionado.

3.33. De todo lo antes indicado se concluye que no se aprecia del contenido del laudo, que el mismo se encuentre afectado por defectos de motivación, ya que el Tribunal Arbitra tanto en el desarrollo del laudo (al resolver todas las pretensiones postuladas) como al absolver el recurso post laudo (postulado por la Entidad), ha justificado las premisas que han determinado las conclusiones de sus decisiones, las que responden a las posiciones de las partes; y su razonamiento está en relación a su discurso lógico y coherente y se encuentran debidamente sustentado en las

pruebas actuadas en el proceso y en normas válidas del ordenamiento jurídico y contractual aplicado.

3.34. Estando a lo antes concluido, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la anulación de la Resolución Nro. 46 mediante la cual se resolvió el recurso de integración presentado por el Ministerio de Salud, solicitada por la Entidad en el presente recurso de anulación de laudo.

3.35. Estando a lo dispuesto en el artículo 413 del Código Procesal Civil se exonera al Ministerio de Salud de costas y costos.

IV. DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138° de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación, resuelve:

4.1. Declarar INFUNDADO el recurso de Anulación de Laudo interpuesto por el **MINISTERIO DE SALUD** contra el Laudo Arbitral de Derecho de fecha 27 de marzo de 2019, de fojas 44 a 165, basado en la causal b) del numeral 01 del Artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071; en consecuencia, **VÁLIDO** el Laudo Arbitral.

4.2. Sin costas y costos.

4.3. Notificándose.

En los seguidos por el **MINISTERIO DE SALUD** contra el **CONSORCIO ASESORES TÉCNICOS ASOCIADOS S.A.-KUKOVA INGENIEROS S.A.C.** sobre **ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.**

APC/KGG

MARTEL CHANG

PRADO CASTAÑEDA

ESCUDERO LÓPEZ