

Lima, 21 de diciembre de 2018

Cargo de Notificación

Destinatario : **Ministerio de Salud**
Domicilio Procesal : **Av. Arequipa N° 810 – Piso 9, Lima Cercado - Lima**
Demandante : **Ministerio de Salud**
Demandado : **Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A.**

Por medio de la presente se cumple con notificarles la Resolución N° 20, de fecha 17 de diciembre de 2018, que contiene el Laudo Arbitral, de acuerdo al numeral 45 del Acta de Instalación. **Notifíquese.- Fdo.- Luis Felipe Pardo Narváez, Presidente del Tribunal Arbitral; Weyden García Rojas, Árbitro; Edwin German Panta Zegarra, Árbitro y Kim Moy Camino Chung, Secretaria Arbitral.**

Lo que notifica conforme a ley.


Kim Moy Camino Chung
Secretaria Arbitral



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante

Ministerio de Salud

En adelante el DEMANDANTE o la MINSA

SEDE ARBITRAL
RECIBIDO
FECHA 17/12/18
FIRMA
La recepción no es señal de conformidad

Demandado

Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A.

En adelante el DEMANDADO o la OIST

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez

Edwin German Panta Zegarra

Weyden García Rojas

Secretaria Ad Hoc

Kim Moy Camino Chung

Sede del Arbitraje

Calle Los Mecánicos N° 345, Urb. La Rivera de Monterrico, distrito de la Molina, provincia y departamento de Lima.

RESOLUCIÓN N° 20

Lima, 17 de Diciembre de 2018.-

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 10 de diciembre de 2009, el Contratista y la Entidad suscribieron el Contrato N° 287-2009-MINSA para la Supervisión de la Elaboración de los Estudios Definitivos de la Obra: "Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencias y Servicios Especializados – Nuevo Hospital de Emergencia Villa El Salvador" Código SNIP 58330¹.

¹ En adelante, el *Contrato*.

A través de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato N° 287-2009-MINSA para la Supervisión de la Elaboración de los Estudios Definitivos de la Obra: “Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencias y Servicios Especializados – Nuevo Hospital de Emergencia Villa El Salvador” Código SNIP 58330, las partes pactaron el convenio arbitral de la siguiente manera:

“CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: ARBITRAJE

Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado. Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia; sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas según lo señalado en el artículo 272° del reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado. El Laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva siendo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa”.

Como consecuencia de la controversia relacionada a la ejecución del referido Contrato, el Contratista procedió a remitir la correspondiente solicitud de inicio de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. ACTUACIÓN PRELIMINAR DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Con fecha 11 de abril del 2017, se llevó a cabo la Instalación del Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, sito en Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima, con presencia de los miembros del Tribunal Arbitral conformado por los doctores Luis Felipe Pardo Narváez, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Edwin German Panta Zegarra y Weyden García Rojas, en su calidad de árbitros, conjuntamente con las partes, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral encargado de resolver el presente arbitraje.

Se precisó que el Arbitraje sería Ad Hoc, nacional y de derecho, especificando que para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación

peruana. Las normas aplicables al arbitraje, de acuerdo a lo establecido por el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, manteniendo el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Ley, 2) su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, 3) las normas de derecho público y 4) las normas del derecho privado. La aplicación de las leyes especiales sobre arbitraje, como es el caso del Decreto Legislativo N° 1071, se realizará de manera supletoria y siempre que no se opongan a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

Asimismo, se precisó que, en caso de insuficiencia de las reglas, el Tribunal Arbitral quedaba facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

Finalmente, se declaró instalado el Tribunal Arbitral, abierto el proceso arbitral y se otorgó a la parte demandante un plazo de veinte (20) días hábiles para que presente su demanda arbitral.

2. Con fecha 12 de mayo de 2017, la Entidad, mediante escrito S/N, presentó su demanda arbitral.
3. Con fecha 26 de mayo de 2017, mediante la Resolución N° 1, el Tribunal Arbitral, en atención al escrito presentado por la Entidad con fecha 12 de mayo de 2017, declaró inadmisibles las demandas presentadas por la Entidad y otorgó a dicha parte un plazo de cinco (5) días hábiles, para que cumpla con subsanarlas.
4. Con fecha 6 de junio de 2017, la Entidad, mediante escrito S/N, interpuso recurso de reconsideración a la Resolución N° 1, en el extremo relacionado al plazo de cinco (5) días hábiles para la subsanación de las observaciones realizadas a los medios probatorios anexados al escrito de demanda y solicitó se les otorgue un plazo ampliatorio de diez (10) días hábiles adicionales, a efectos de subsanar las observaciones advertidas.
5. Con fecha 9 de junio de 2017, mediante la Resolución N° 2, el Tribunal Arbitral, en atención al escrito presentado por la Entidad con fecha 6 de junio de 2017, declaró infundada la

reconsideración formulada por la Entidad y concedió a dicha parte un plazo adicional de diez (10) días hábiles para que cumplan con subsanar las observaciones advertidas a los medios probatorios anexados al escrito de demanda.

6. Con fecha 28 de junio de 2017, la Entidad, mediante escrito S/N, subsanó las observaciones formuladas a su escrito de demanda de fecha 12 de mayo de 2017.
7. Con fecha 10 de julio de 2017, mediante la Resolución N° 3, el Tribunal Arbitral, en atención al escrito presentado por la Entidad con fecha 28 de junio de 2017, tuvo presente el escrito de subsanación de la demanda, admitió a trámite el escrito de demanda presentada por la Entidad, y corrió traslado del mismo al Contratista para que en un plazo de veinte (20) días hábiles, cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción.
8. Con fecha 8 de agosto de 2017, el Contratista, mediante escrito S/N, presentó su escrito de contestación de demanda y en él solicitó la caducidad y formuló dos pretensiones.
9. Con fecha 15 de agosto de 2017, mediante la Resolución N° 5, el Tribunal Arbitral, en atención al escrito presentado por el Contratista con fecha 8 de agosto de 2017, tuvo presente el escrito de contestación de la demanda, y otros; admitió a trámite el citado escrito; y corrió traslado a la Entidad por un plazo de quince (15) días hábiles, para que cumpla con señalar lo conveniente a su derecho.
10. Con fecha 8 de septiembre de 2017, la Entidad, mediante escrito S/N, absolvió el traslado a la excepción de caducidad.
11. Con fecha 2 de octubre de 2017, mediante la Resolución N° 6, el Tribunal Arbitral, en atención al escrito presentado por la Entidad con fecha 8 de septiembre de 2017, tuvo por presentado el escrito de absolución a la excepción de caducidad presentada por la Entidad y puso a conocimiento la misma al Contratista; asimismo, dejó constancia que la Entidad no presentó escrito absolviendo la reconvencción planteada por el Contratista; finalmente, citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el 19 de octubre de 2017 en la sede arbitral.
12. Con fecha 19 de octubre de 2017, conforme a lo dispuesto mediante la Resolución N° 6, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos en la

sede del arbitraje. No pudiendo arribarse a una conciliación, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

- 1) PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare la existencia de vicios ocultos en el cumplimiento de la prestación de servicios de supervisión contenida del Contrato N° 287-2009-MINSA, para la contratación del Servicio de Consultoría para la Supervisión de la Elaboración de los Estudios Definitivos de la Obra: Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencias y Servicios Especializados – Nuevo Hospital de Emergencia Villa El Salvador.
- 2) SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal ordene a la Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. cumpla con reintegrar al Ministerio de Salud la suma de S/ 29'230,457.38 (Veintinueve millones doscientos treinta mil cuatrocientos cincuenta y siete y 38/100 Soles), originada por las omisiones, deficiencias y vacíos en la prestación de servicios de supervisión contenida del Contrato N° 287-2009-MINSA.
- 3) PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal ordene a la Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. cumpla con indemnizar a la entidad por los daños y perjuicios generados al Ministerio de Salud con la suma de S/ 29'230,457.38 (Veintinueve millones doscientos treinta mil cuatrocientos cincuenta y siete y 38/100 Soles).
- 4) TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal declare la improcedencia o falta de fundamento de la demanda planteada por el Ministerio de Salud al contravenir las reglas del arbitraje, Ley de Arbitraje N° 1071 y la carga de la prueba.
- 5) CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal ordene la Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. asuma el 100% de los gastos y honorarios arbitrales del proceso.

De igual forma, en la mencionada Audiencia, se admitieron los siguientes medios probatorios ofrecidos por las partes:

Del Ministerio de Salud:

- Los documentos que se señalan en el escrito de Demanda Arbitral, presentado con fecha 12 de mayo de 2017.
- Los documentos que se señalan en el escrito de subsanación de la Demanda Arbitral, presentado con fecha 28 de junio de 2017.
- Los documentos que se señalan en el escrito de absolución a la excepción de caducidad presentado con fecha 8 de septiembre de 2017.

De la Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A.:

- Los documentos que se señalan en el escrito de Contestación de Demanda, Reconvención y Excepción de Caducidad, presentado con fecha 8 de agosto de 2017.
13. Con fecha 15 de noviembre de 2017, mediante la Resolución N° 7, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Ilustración para el 30 de noviembre de 2017 en la sede arbitral.
 14. Con fecha 23 de noviembre de 2017, el Contratista, mediante escrito S/N, solicitó la reprogramación de la Audiencia de Ilustración.
 15. Con fecha 27 de noviembre de 2017, mediante la Resolución N° 8, el Tribunal Arbitral, en atención al escrito presentado por el Contratista con fecha 23 de noviembre de 2017, resolvió citar a las partes a Audiencia de Ilustración para el día 14 de diciembre de 2017 en la sede arbitral.
 16. Con fecha 13 de diciembre de 2017, la Entidad, mediante escrito S/N, solicitó la reprogramación de la Audiencia de Ilustración.
 17. Con fecha 13 de diciembre de 2017, la Entidad, mediante escrito S/N, adjuntó dos (2) CD que contienen el expediente técnico.

18. Con fecha 5 de enero de 2018, mediante la Resolución N° 9, el Tribunal Arbitral, en atención a los escritos presentados por la Entidad con fecha 13 de diciembre de 2018, requirió a la Entidad para que en el plazo de cinco (5) días hábiles, cumpla con presentar tres (3) CD como copias suficientes que contengan el expediente técnico; asimismo, citó a las partes a la Audiencia de Ilustración para el día 23 de enero de 2018 en la sede arbitral.
19. Con fecha 23 de enero de 2018, conforme lo dispuesto mediante la Resolución N° 9, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en la sede del arbitraje. En dicha audiencia, se dejó constancia de la inasistencia del representante de la Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. Asimismo, se procedió a dar el uso de la palabra a los representantes del Ministerio de Salud. Posteriormente, los miembros del Tribunal Arbitral realizaron las preguntas pertinentes, las cuales fueron respondidas, con lo se dio por terminada la Audiencia de Ilustración.
20. Con fecha 23 de enero de 2018, la Entidad, mediante escrito S/N, presentó como medios probatorios: el Informe Técnico elaborado por el Ingeniero Civil Juan Fernando Elías Podestá con Registro CIP N° 7043, Laudo Arbitral emitido por el Tribunal conformado por los abogados Alejandro Acosta Alejos, Humberto Flores Arévalo y Juan Huamani Chávez, y Laudo Arbitral emitido por el Tribunal conformado por los abogados José Talavera Herrera, Marcos Ricardo Espinoza Rimachi y Humberto Flores Arévalo.
21. Con fecha 26 de enero de 2018, el Contratista., mediante escrito S/N, indicó el motivo por el cual su representante no asistió a la Audiencia de Ilustración y solicitó la reprogramación de la referida Audiencia.
22. Con fecha 30 de enero de 2018, mediante la Resolución N° 10, el Tribunal Arbitral, en atención al escrito presentado por la Entidad con fecha 23 de enero de 2018, previo pronunciamiento, corrió traslado a la parte contraria por un plazo de cinco (5) días hábiles para que señale lo correspondiente a su derecho. Asimismo, requirió a la Entidad para que cumpla con presentar tres (3) CD como copias suficientes que contengan el expediente técnico.
23. Con fecha 2 de febrero de 2018, mediante la Resolución N° 11, el Tribunal Arbitral, en atención al escrito presentado por el Contratista con fecha 26 de enero de 2018, resolvió

tener presente lo manifestado por el Contratista como conocimiento de la Entidad; y, citó a las partes para la Audiencia de Ilustración para el 21 de febrero de 2018 en la sede arbitral.

24. Con fecha 21 de febrero de 2018, conforme a lo dispuesto mediante la Resolución N° 11, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración en la sede del arbitraje. Se dejó constancia de la inasistencia de los representantes de la Entidad. Se concedió el uso de la palabra al Contratista, quien expuso su posición. Luego, el Tribunal Arbitral realizó las preguntas pertinentes, las cuales fueron respondidas, con lo cual se dio por terminada la Audiencia de Ilustración.
25. Mediante la Resolución N° 12, el Tribunal Arbitral cerró la etapa probatoria y otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles, para que presenten sus alegatos escritos y, de solicitarlo alguna de ellas, se citaría a la Audiencia de Informes Orales.
26. Con fecha 2 de abril de 2018, la Entidad, mediante escrito S/N, presentó sus alegatos escritos y solicitó el uso de la palabra.
27. Con fecha 2 de abril de 2018, el Contratista, mediante escrito S/N, solicitó un plazo adicional para presentar sus alegatos escritos y solicitó el uso de la palabra.
28. Con fecha 16 de abril de 2018, mediante la Resolución N° 13, el Tribunal Arbitral, en atención a los escritos presentados por ambas partes con fecha 2 de abril de 2018, resolvió tener presente los mismos con conocimiento de la parte contraria; y, citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el 26 de abril de 2018 en la sede del Tribunal Arbitral.
29. Con fecha 23 de abril de 2018, la Entidad, mediante escrito S/N, solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales para otra fecha.
30. Con fecha 23 de abril de 2018, mediante la Resolución N° 14, el Tribunal Arbitral, en atención al escrito presentado por la Entidad con fecha 23 de abril de 2018, citó a las partes para la Audiencia de Informes Orales para el 10 de mayo de 2018.
31. Con fecha 26 de abril de 2018, mediante la Resolución N° 15, el Tribunal Arbitral, en atención a los escritos presentados por el Contratista con fecha 26 y 27 de marzo de 2018,

resolvió tener presente los mismos; y corrió traslado a la Entidad para que dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, señale lo conveniente a su derecho.

32. Con fecha 8 de mayo de 2018, el Contratista, mediante escrito S/N, solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales.
33. Con fecha 9 de mayo de 2018, la Entidad, mediante escrito S/N, solicitó abstención de los árbitros Weyden García Rojas y Luis Felipe Pardo Narvaez, en la medida que existe una denuncia pública que involucraría a los citados árbitros, para lo cual solicita la suspensión del proceso hasta la designación de los árbitros sustitutos y la reconfirmación del Tribunal Arbitral.
34. Con fecha 16 de mayo de 2018, mediante la Resolución N° 16, el Tribunal Arbitral, en atención los escritos presentados por el Contratista y la Entidad con fecha 8 y 9 de mayo de 2018, respectivamente, tuvo presente lo manifestado por ambas partes, con conocimiento de la contraparte; se dejó constancia que la Entidad no presentó ningún escrito en virtud al plazo otorgado en la Resolución N° 15; y, se tuvo presente que a pedido de ambas partes se procedió a suspender la Audiencia de Informes Orales, la misma que se reprogramará mediante resolución posterior.
35. Con fecha 24 de mayo de 2018, la Entidad, mediante escrito S/N, efectuó precisiones sobre la presentación del CD que contiene el expediente técnico.
36. Con fecha 4 de junio de 2018, la Entidad, mediante escrito S/N, solicitó la suspensión del proceso hasta que la Cámara Peruana de la Construcción resuelva la solicitud de recusación.
37. Con fecha 5 de junio de 2018, el Dr. Luis Felipe Pardo Narvaez presentó su descargo ante el requerimiento de la Entidad.
38. Con fecha 5 de junio de 2018, el Dr. Weyden García Rojas presentó su descargo ante el requerimiento de la Entidad.

39. Con fecha 4 de septiembre de 2018, mediante la Resolución de fecha 3 de agosto de 2018, emitida por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Construcción, se resolvió declarar infundada la recusación formulada por la Entidad contra los árbitros.
40. Con fecha 11 de septiembre de 2018, mediante la Resolución N° 17, el Tribunal Arbitral tuvo presente los escritos presentados por la Entidad con fecha 24 de mayo y 4 de junio de 2018, poniéndose a conocimiento del Contratista; se tuvo presente los escritos presentados por los árbitros con fecha 5 de junio de 2018; se tuvo presente el escrito presentado con fecha 4 de septiembre de 2018, mediante el cual se remite la Resolución que resolvió declarar infundada la recusación formulada por la Entidad; asimismo, se reprogramó la Audiencia de Informes Orales para el 20 de septiembre de 2018, en la sede arbitral.
41. Finalmente, atendiendo a lo mencionado en el considerando precedente, de autos se aprecia que la decisión de fijar plazo para laudar fue notificada a ambas partes en el 29 de noviembre de 2018; por lo que, el plazo para laudar de treinta (30) días hábiles vence el día 18 diciembre de 2018; ello teniendo en cuenta que:
- Los plazos se computan en días hábiles.
 - Son días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables o los días de duelo nacional no laborables declarados por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.
 - La sede del arbitraje se encuentra fijada en la ciudad de Lima.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, es oportuno confirmar lo siguiente:

- 1) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado por acuerdo a Ley.
- 2) Que, la Entidad recusó a los miembros del Tribunal Arbitral.



- 3) Que, el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y se otorgó a la Entidad plazo para presentar su contestación de demanda, por lo que fueron debidamente emplazadas y ejercieron plenamente su derecho de defensa.
- 4) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.
- 5) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitido en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de Ley o del Reglamento, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- 6) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

B. MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 19 de octubre de 2018, corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

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

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas, que, en aplicación del principio de Comunidad o Adquisición de la Prueba, las pruebas ofrecidas por las partes,



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

“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso y proporcionó”²

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 haga referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral, tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

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

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare la existencia de vicios ocultos en el cumplimiento de la prestación de servicios de supervisión contenida del Contrato N° 287-2009-

² TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. *“Medios Probatorios en el Proceso Civil”*. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

MINSA, para la contratación del Servicio de Consultoría para la Supervisión de la Elaboración de los Estudios Definitivos de la Obra: Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencias y Servicios Especializados – Nuevo Hospital de Emergencia Villa El Salvador”.

Posición de la Entidad:

La entidad refiere que a través del contrato suscrito entre esta y ASESORES TÉCNICOS ASOCIADOS S.A. ATA Y KUKOVA INGENIEROS S.A.C. se buscaba elaborar los estudios definitivos de la obra de fortalecimiento de la atención de los servicios de emergencia Y servicios especializados del nuevo Hospital de Emergencia de Villa el Salvador conforme a la cláusula primera de dicho contrato. En ese sentido refieren que el pago la liquidación de servicio de de elaboración de dichos estudios se daría en la fecha de aprobación del tercer informe, según lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato, para cuyo efecto la Entidad debía contar con el pronunciamiento aprobatorio del Supervisor de dicha obra.

La Entidad refiere que fue inducida error por el Supervisor por cuanto en su carta con código DC-088-2011-OIST señalaba que se habían levantado todas las observaciones, quedando en ese sentido aprobado en su totalidad el expediente técnico de elaboración de estudios definitivos del PI58330, respaldando así el incumplimiento de las obligaciones del proyectista. Y ello es así en atención que la DGIEM del Ministerio de Salud emitió la orden de conformidad de servicio del Supervisor Oficina De Ingeniería y Servicios Técnicos S.A., de fecha 20 de abril de 2012, fecha a partir de la cual corre el plazo de responsabilidad de cinco años, según establecido en el numeral 3.9 de las bases.

Posición del Contratista:

El Contratista emitió su pronunciamiento señalando que, la demanda arbitral del Ministerio de Salud debe ser declarada infundada o improcedente al haber caducado de conformidad con el artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, señala que el Ministerio de Salud no ha remitido la documentación pertinente, como el Expediente Técnico Original y el Expediente Técnico Modificado, que acredite los hechos de la demanda arbitral, y así se permita ejercer primero la autenticación y segundo la observación pertinente por parte del demandado, vulnerándose así la obligación del demandante de acreditar los hechos alegados.

Posición del Tribunal Arbitral:

De lo expuesto, este Tribunal Arbitral entiende que resulta de especial importancia, en primer término, poner en conocimiento de las partes qué implica hablar de vicios ocultos y cómo se encuentra regulado este tipo de supuestos; para posteriormente, proceder a determinar cuándo estamos frente a un vicio oculto o no; finalmente, revisaremos cada supuesto demandado como vicio oculto a efectos de verificar si cumple o no con los estándares establecidos por este Tribunal para ser considerados como tal.

Comencemos señalando qué significado tiene el término “vicio oculto”. De acuerdo a la Real Academia Española, el término “vicio”, dentro de sus múltiples acepciones, significa: “1. m. Mala calidad, defecto o daño físico en las cosas”³. Es decir, cuando hablamos de vicio estamos haciendo referencia al estado imperfecto de un determinado bien, entendiendo que tal imperfección es una que puede ser apreciable en la cosa misma y no de manera indirecta, con lo cual se requiere que la imperfección detectada sea parte integrante de la cosa.

Por otro lado, tenemos el término “oculto”, el cual, según la Real Academia Española, significa “1. adj. Escondido, ignorado, que no se da a conocer ni se deja ver ni sentir”. Conforme se puede apreciar, lo oculto implica aquel aspecto que, a simple vista, no se puede apreciar o percibir. De este modo lo oculto implica, necesariamente, todo aquello que el interesado no puede apreciar de modo claro concreto y simple.

Es en este tenor, que, a partir de la definición de estos términos, podemos definir el vicio oculto, como aquella imperfección (o error) de la cosa que no resulta ser apreciable de modo sencillo y a primera vista. De este modo, no existirá vicio oculto en todos aquellos supuestos donde no exista imperfección o que la misma sea apreciable de modo claro y simple.

Habiendo definido en términos llanos lo que se debe entender por vicio oculto, a continuación, pasaremos a dar cuenta cómo es que se debe entender este concepto a nivel doctrinario y jurisprudencial.

³ Cfr. <http://dle.rae.es/?id=bllwWdu>.

Max Arias Schreiber Pezet⁴ señala que “La noción del vicio oculto está ligada a la existencia de deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquirente a su adecuada utilización.”⁵; el mismo autor citando a Tartufari indica que, “(...) por vicio o defecto debe precisarse cualquier anomalía o imperfección y cualquier deterioro o avería que se encuentre en la cosa, que perjudiquen más o menos la aptitud para el uso o la bondad o integridad. Para hablar propiamente, defecto implicaría todo lo que le falta a la cosa para existir de un modo plenamente conforme a su naturaleza, y por eso actuaría en sentido negativo; vicio, en cambio, serviría para designar cualquier alteración sin la cual la cosa sería precisamente como debe ser normalmente, y por eso obraría en sentido positivo (...)”.

Por su parte, Manuel De La Puente Y Lavalle⁶ desarrolla los requisitos que debe reunir el vicio; precisando que el mismo debe ser “oculto”, por la imposibilidad de conocerlo inmediatamente en la que se encuentra el adquirente; “importante”, por no permitir que el bien sea destinado a la finalidad para la cual fue adquirido; y, “preexistente” a la transferencia o concomitante con ella aun cuando sus efectos se manifiesten después.

Es decir, 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 contratación⁷.

Si la utilidad que se pretende extraer de la cosa es la habitual en objetos de su mismo género, la presencia del vicio comportará la ausencia de una cualidad que normalmente no habrá sido objeto de una previsión contractual expresa, ya que las partes no suelen pactar que la cosa vendida carezca de defectos que la hagan impropia para su destino habitual. Pero si, en cambio, la utilidad que se pretende extraer de la cosa comprada no es la habitual, la presencia del vicio supondrá normalmente la ausencia de una cualidad especialmente prevista en el contrato y, si

⁴ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.; Primera Edición, 2006, página 310.

⁵ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Contratos en general*, en *Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI. Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos y ARIAS SCHREIBER MONTERO, Ángela. Compiladora Delia Revoredo Marsano, segunda edición, Lima, 1988.

⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Lima: Palestra Editores S.R.L., 2001, pág. 535-540.

⁷ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión revisada, Bogotá, 1996

no lo está, será el comprador quien deba probar que adquirió la cosa para destinarla a un uso que es el habitual y que el vendedor conoció o debió haber conocido dicha circunstancia⁸.

Así, Manuel de la Puente⁹, en el derecho peruano, y Doménico Rubino¹⁰, en derecho italiano, coinciden en señalar que el vicio es la falta de una cualidad esencial del bien que ha sido entregado, en cambio la falta de cualidad prometida, o defecto de calidad, es la inexistencia de una característica especial del bien, distinta a las típicas.

Conforme podemos apreciar, la doctrina es unánime en señalar que los vicios ocultos se presentan cuando la cosa cuya propiedad, posesión o uso se transfiere tiene defectos, o imperfecciones, que no se revelan por su examen y que afectan su utilización por el adquirente¹¹.

De este modo, los vicios ocultos son llamados también, aunque con cierta impropiedad, vicios “redhibitorios”, ya que, como dicen Colin y Capitant¹², esa expresión no define nada pues se refiere o al vicio mismo de la cosa, sino a sus resultados¹³. En efecto, la palabra “redhibitorio”, que tiene su origen en la expresión latina *redhibere* que significa “retomar”, expresa la idea de que el enajenante debe retomar la cosa viciada y devolver el precio al adquirente, olvidándose que la existencia del vicio oculto puede también dar lugar, alternativamente, a la acción estimatoria, o sea aquella destinada a obtener la reducción del precio en aquello que la cosa vale de menos por consecuencia del vicio.¹⁴

Según lo indicado, el vicio oculto debe ser desfavorable para el adquirente, esto es que determine que la cosa sea menos apta para el destino que le dé el adquirente¹⁵. Por lo tanto, no se

⁸ AGUAYO, Juan, “Las Manifestaciones y garantías en el derecho de contratos español”, Civitas, Madrid, p.349

⁹ DE LA PUENTE, Manuel, “El Contrato en General”. T. III, Fondo Editorial de la PUCP, p. 449.

¹⁰ RUBINO, Doménico, “La responsabilidad por defecto de calidad en la compraventa y sus diferencias con la garantía por vicios según el código civil italiano”, En: Revista de Derecho Privado, pp. 165 y siguientes.

¹¹ MAZEUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires. 1960. Parte III. Volumen III. Página 292.

¹² COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil. Madrid. 1955. Tomo IV. Página 155.

¹³ POLINSKY, Mitchell. Introducción al análisis económico del Derecho. Editorial Ariel, Barcelona, 1985

¹⁴ PAYET, José Antonio. La responsabilidad por productos defectuosos. En: Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. VIII, Tomo 11, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, segunda edición, Lima, 1992.

¹⁵ MANRESA y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil español. Tomo X. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950.

consideraría vicio aquel que haga la cosa más apta para tal destino. Tampoco se considera vicio el que fuera indiferente al destino de la cosa.¹⁶

En definitiva, la doctrina 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 adquirente 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.

Por otro lado, pasemos a dar cuenta qué nos dice el OSCE al respecto. De acuerdo a esta institución, *“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”*¹⁷.

Conforme se puede apreciar, la conceptualización que maneja el OSCE respecto de los vicios ocultos, es similar a lo entendido por la doctrina civil, con lo cual podemos señalar que respecto a esta institución existe uniformidad tanto en el sector doctrinario como en el entendimiento por parte de la propia administración pública.

Pues bien, habiendo definido qué es un vicio oculto, pasemos a dar cuenta cuándo estamos frente a un supuesto de vicio oculto.

La doctrina autorizada¹⁸ sostiene que para que exista un vicio oculto que dé lugar al saneamiento es necesario que ésta cumpla con los requisitos que pasamos a dar cuenta:

- a) Que el vicio sea oculto;
- b) Que sea un vicio relevante; y,
- c) Que sea anterior o contemporáneo a la transferencia.

¹⁶ ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11. Derecho de Obligaciones. Primera Parte. Trad. Bias Pérez Gonzales y José Alguer. Bosch. 38 edición, Barcelona, 1966

¹⁷ Cfr. OPINIÓN N° 017-2015/DTN, de fecha 27 de enero de 2015.

¹⁸ De la Puente y Lavalle, Manuel. Estudios sobre el Contrato Privado. Tomo II. 1983. Lima: Cultural Cuzco S.A. Página 436.

En este tenor, pasemos a detallar cada uno de los requisitos antes listados. Respecto a que el vicio sea oculto, tenemos que se reputa a un vicio como oculto, cuando no es conocido por el adquirente al momento de la transferencia del bien; es decir cuando a pesar de la posibilidad de conocimiento por parte del adquirente y actuando con la diligencia debida, no pudo determinar el vicio en la cosa, y ello pudiendo deberse a sus conocimientos, o bien a las particulares condiciones en que se efectúa la adquisición de la cosa¹⁹.

Respecto a que el vicio sea relevante. El simple vicio oculto no es mérito suficiente para dar lugar a la obligación de saneamiento. Es necesario, además, que la existencia del vicio determine, por su magnitud, que la cosa sea significativamente menos apta para la finalidad que ha determinado su adquisición. Esto implica que el vicio debe afectar el uso a que se destina la cosa y que debe ser de tal magnitud que hubiera influido decisivamente en la voluntad del adquirente de tal manera que, de haberlo conocido, no habría efectuado la adquisición o habría dado menos por la cosa²⁰.

Respecto a que el vicio sea anterior o contemporáneo. Como es obvio, el transferente resultará responsable de los vicios ocultos que tenía la cosa antes de la adquisición por el adquirente o los que, aunque esto sea muy raro, surjan justo en el momento de la transferencia. Ello está de acuerdo plenamente a la naturaleza del saneamiento por vicios ocultos, ya que a lo que se compromete el enajenante, o mejor dicho a lo que lo compromete, es a transferir una cosa libre de vicios que puedan afectar el destino que proyecta darle el adquirente. Sin embargo, puede darse el caso que el vicio se manifieste después de la transferencia, pero tenga su origen antes de ella. En tal caso, la manifestación del vicio no significa que éste existiera, sino simplemente que, existiendo, se encontraba en estado latente²¹.

En consecuencia, para hablar de vicio oculto se requiere el mismo sea uno que no se haya podido verificar a simple vista al momento de su transferencia (a pesar de la diligencia del adquirente); del mismo modo, se requiere que el vicio sea uno de transcendencia tal que evite alcanzar la finalidad a la cosa transferida, de modo tal que de haberse percibido no se habría aceptado la transferencia; y, finalmente, que el vicio sea temporalmente anterior al momento de la

¹⁹ De la Puente y Lavalle, Manuel. Estudios sobre el Contrato Privado. Tomo II. 1983. Lima: Cultural Cuzco S.A. Página 438 – 443.

²⁰ De la Puente y Lavalle, Manuel. Estudios sobre el Contrato Privado. Tomo II. 1983. Lima: Cultural Cuzco S.A. Página 443 – 451.

²¹ De la Puente y Lavalle, Manuel. Estudios sobre el Contrato Privado. Tomo II. 1983. Lima: Cultural Cuzco S.A. Página 451 – 454.

transferencia de la cosa, o que el mismo se pueda dar al momento de la misma, de ahí que si el vicio se originase de manera posterior a la transferencia, no se configuraría el vicio oculto.

Habiendo la conceptualización doctrinaria de lo que implica hablar de vicio oculto y el modo en el que este se configura, corresponde ahora verificar la regulación legal que tiene dicha institución en nuestro sistema jurídico.

Debemos empezar señalando que el Código Civil no define directamente lo que se debe entender por vicio oculto; sin embargo, lo que si regula es la responsabilidad que existe en el transferente respecto a los vicios que existentes al momento de la transferencia; en tal sentido, el artículo 1503 de dicho cuerpo normativo refiere que:

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

Conforme se aprecia, el transferente se encontrará 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. Conforme al artículo 1503, este vicio debe estar presente al momento de la transferencia (física, mas no jurídica), teniendo la condición de oculto ante los ojos del adquirente.

De este modo, el bien puede presentar defectos o vicios en posesión del adquirente (vale decir, posterior a la transferencia), pero que se deben a la responsabilidad exclusiva del transferente, por ello la obligación de saneamiento por vicio oculto no quiere, sino que el *tradens* responda ante el *accipiens* porque el bien no cumple con el propósito normalmente esperado, al margen de la oportunidad en que se presenta un vicio oculto.

Por su parte, en el ámbito de la regulación de las contrataciones con el Estado, tenemos la LCE, la cual en su artículo 50 refiere que:

“Artículo 50.- Responsabilidad del contratista

El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue

a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.

Las Bases deberán establecer el plazo máximo de responsabilidad del contratista”.

Así, en concordancia con lo anteriormente señalado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, refiere, en su artículo 176, señala que:

“Artículo 176.- Recepción y conformidad

(...)

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

Conforme se puede apreciar, 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 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. Pudiéndose, en el caso de supuestos de contrataciones con el Estado, configurarse vicios ocultos sobre bienes o servicios.

En este tenor, habiendo desarrollado el contenido de vicios ocultos y sus alcances, corresponde a este Tribunal determinar si las deficiencias técnicas encontradas en el expediente técnico pueden considerarse como vicios ocultos o no.

De la lectura de la demanda arbitral, de fecha 12 de mayo de 2017, así como del escrito, de fecha 28 de junio de 2017, se aprecia que los supuestos donde se presume se han configurado vicios ocultos son los Adicionales de Obra 3, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23. En este tenor, pasaremos a revisar cada Adicional de obra a efectos de verificar si éstos cumplen con los requisitos para ser considerados como tales. Así, los medios probatorios técnicos que ha adjuntado la parte demandante a efectos de acreditar su posición respecto a este extremo son los siguientes:

- a) Informe técnico elaborado por el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, sobre la procedencia de los presupuestos adicionales N° 3, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, debido a las deficiencias y omisiones en el Expediente Técnico²².
- b) Fichas de los adicionales de obra que se encuentran señalados en el Anexo 1-J del escrito presentado por la Entidad con fecha 28 de junio de 2017²³.

Respecto al Adicional N° 3: NUEVO DISEÑO DE LA CIMENTACIÓN DE LOS SECTORES B, C, D Y E

Conforme se ha señalado, la existencia de un supuesto de vicio oculto debe necesariamente implicar la existencia de tres elementos: a) que el vicio sea efectivamente oculto; b) que sea un vicio relevante; y c) que sea anterior o contemporáneo a la transferencia. En esta línea, tenemos que, a efectos de determinar si el presente adicional se generó, o no, a partir de un vicio oculto en el Expediente Técnico, deberá verificarse si a partir de los medios probatorios aportados por el demandante se acreditan tales elementos.

Pues bien, a partir de la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 089-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 13 de marzo de 2013*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 3, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, en la página 3, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, una incompatibilidad entre el Expediente Técnico y los planos de Arquitectura, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. Cabe resalta que lo señalado sólo se aprecia en un párrafo de seis (6) líneas en dicho texto, con lo cual, como se puede comprender, resulta probatoriamente imposible determinar si fue un vicio oculto lo que motivó el adicional N° 3.

²² En adelante, entiéndase por este medio de prueba como literal "a)"

²³ En adelante, entiéndase por este medio de prueba como literal "b)"

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 3 es:

“Este Adicional se ha originado debido al inapropiado detalle constructivo (Plano E.51), de la cimentación de tabiquería en todos los pisos, dado que por el tipo de suelo arenoso y altura de los tabiques que sobrepasan los 3.00 m, resultarían inestables y el hecho que el falso piso no tenga armadura de refuerzo, conllevará que éstos en un futuro se fisuren o muestren rajaduras, que comprometería los pisos cerámicos de dichos ambientes. El proyectista estructural ha aprobado otro detalle de cimentación, que garantizará no presenten estos desperfectos en el futuro”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra, porque como se aprecia, lo antes citado da cuenta que la consecuencia directa de la incongruencia entre planos es la fisura de los cerámicos.

Finalmente, tenemos el Informe N° 089-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 13 de marzo de 2013; a través del mismo se tiene que el arquitecto Ramiro Rodríguez realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo sumado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 5: CIMIENTOS REDISEÑADOS EN SECTORES F, G, H, I, J Y K

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del Informe N° 0122-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 2 de abril de 2013, se aprecia que en dichos

documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 5, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, en la página 5, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que la cimentación corrida para muros portantes de 0.25 m y 0.15 m que figura en planos de Estructuras (E-91) para los sectores F a K presentan inapropiado detalle constructivo, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 5 es:

“El Adicional de Obra N° 05, se ha originado debido al inapropiado detalle constructivo (Plano E-91) para la cimentación de muros de 0.25 y 0.15 m. de espesor y de altura superior a 3.00 m a construirse en los Sectores F, G, H, J y K. Dado que tal detalle técnico no garantiza la estabilidad de los muros portantes cimentados en terreno de arena salina y ácida, que lo hace sumamente agresivo y el hecho que el falso piso no tenga armadura de refuerzo, con llevará que un futuro éstos se fisuren o muestren rajaduras, que comprometerían los pisos de cerámico de dichos ambientes”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra, porque como se aprecia, lo antes citado da cuenta que la consecuencia directa de la incongruencia entre planos es la fisura de los cerámicos.

Finalmente, tenemos el Informe N° 0122-2013-UO-DI-DGIEM/MINSVA, de fecha 2 de abril de 2013; a través del mismo se tiene que el arquitecto Ramiro Rodríguez realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo sumado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no

revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 7: TECHO DE ESCALERAS POR EL MONTO DE S/ 42,841.18

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 0196-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 8 de mayo de 2013*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 7, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, en la página 7, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existen deficiencias y omisiones en el Expediente Técnico por cuanto no se está definido en los planos contractuales las losas y vigas para los techos de las escaleras 1, 2, 3, 5, 7, 8 y 9, así como también por falta de compatibilización entre planos de Arquitectura y Estructuras, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 7 es:

“El Adicional de Obra N° 08, se ha originado debido a que el Proyectista no ha considerado, que todos los vanos de puerta con marco metálico, deberá estar reforzados con columnetas laterales y viga solera en su parte superior”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra, porque como se aprecia, lo antes citado da cuenta que la consecuencia directa de la incongruencia entre planos es la fisura de los cerámicos.

Finalmente, tenemos el Informe N° 0196-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 8 de mayo de 2013; a través del mismo se tiene que el arquitecto Ramiro Rodríguez realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo sumado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 8: COLUMNAS DE AMARRES POR S/ 453,428.81

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 8, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, en la página 7, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existen deficiencias en el Expediente Técnico por cuanto faltan columnas de amarre (columnetas) en los vanos que llevan marcos metálicos y por longitud de muros, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha deficiencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas deficiencias sean relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 8 es:

“El adicional de obra N° 08, se ha originado debido a que el Proyectista no ha considerado, que todos los vanos de puerta con marco metálico deberán estar reforzados con columnetas laterales y viga solera en su parte superior”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo sumado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 9: CONFINAMIENTO DE MUROS DE FACHADA

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 9, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, en la página 9, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existen deficiencias y omisiones en el Expediente Técnico por cuanto no se consideró los diseños antisísmicos para la albañilería confinada en aquellos muros de fachada que contienen ventanas, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dichas deficiencias y omisiones puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas deficiencias sean relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 8 es:

“El Adicional de Obra N° 09, se originado debido a error del Proyectista en no considerar los correctos diseños antisísmicos para la albañilería confinada en los muros de fachadas que contienen ventanas.

La modificación constituye en un sistema aporcado independiente de la estructura principal (vigas y columnetas), para lo cual se está considerando la construcción de una vigueta de amarre en la parte inferior y superior de los vanos que delimitan el área de la

venta, además de las columnetas laterales que definen los vanos, y la colocación de una junta perimetral rellena de tecknopor de $\frac{1}{2}$ de espesor, que permita independencia de los elementos del vano respecto a las columnas y vigas estructurales del edificio. Además ésta solución permitirá la bajada de tuberías de sistema de gases medicinales sin alterar la fachada”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 10: NUEVO DISEÑO DE VIGAS DINTEL

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 267-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 12 de junio de 2013*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 10, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, en la página 10, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existen deficiencias y omisiones en el Expediente Técnico por cuanto en los planos de estructuras, en lo referente a las vigas dintel muestran secciones insuficientes de concreto y deficiencias reglamentarias de acero, así como falta de estribos, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 10 es:



“El Adicional de Obra N° 10, se ha originado debido a error del Proyectista, al considerar en el Plano Contractual N° E-01, diseños para Dinteles de Ventanas con una luz máxima de 2.00 m. insuficientes en sección de concreto 0.13 x 0.15 y 2 3/8” sin estribos por lo que ha variado los diseños clasificándolos para luces de hasta 1.20, 2.00 y 2.50m, en los cuales se ha incrementado la sección de concreto a 0.13 x 0.26 y la cuantía de acero con estribos”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos. Finalmente, tenemos el Informe N° 267-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 12 de junio de 2013; a través del mismo se tiene que el arquitecto Ramiro Rodríguez realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 12: MODIFICACIONES EN EL CUARTO DE BOMBAS Y SALA DE MAQUINAS

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 892-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 31 de octubre 2013*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 12, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, en la página 11, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existen deficiencias en el Expediente Técnico por cuanto existe una falta de compatibilización entre planos de detalles de Estructuras con planos de cortes de Arquitectura, y niveles de pisos terminados y niveles de

cimentación en los ambientes colindantes a la cisterna, cuarto de bombas y ducto técnico; altura deficiente del techo de motores metrados de obras de concreto simple y armado tales como zapatas, vigas de cimentación y albañilería, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 12 es:

“El Adicional de Obra N° 12, se ha originado debido a la no compatibilización de los planos de detalles de estructuras con planos de cortes de Arquitectura y los niveles de pisos terminados y niveles de cimentación en los ambientes colindantes de la cisterna, cuarto de bombas y ducto técnico; lo que ha dado lugar a que tenga que modificarse planos de estructuras que han dado lugar a mayores metrados de partidas de movimientos de tierras, obras de concreto simple, obras de concreto armado en zapatas, vigas de cimentación, muros de contención y albañilería.

Asimismo, al determinar la altura del techo de la Sala de máquinas se omitió incrementar la altura, dado que por debajo de los tijerales metálicos se desplazan redes de servicios (agua fría, agua caliente, vapor, red eléctrica y otros); por lo que se varió la altura de 3.40 m a 4.00 m”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

Finalmente, tenemos el Informe N° 892-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 31 de octubre 2013; a través del mismo se tiene que el arquitecto Ramiro Rodríguez realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 13: MODIFICACIONES EN EL SECTOR C-1/SEGUNDO NIVEL

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 898-2013-OGAJ//MINSA, de fecha 31 de octubre 2013*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 13, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, en la página 13, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existen deficiencias en el Expediente Técnico por cuanto fueron proyectados ambientes hospitalarios con áreas diminutas y antirreglamentarias, asimismo se diseñó un corredor innecesario, todo ello en el sector C-1 del segundo piso, de otro lado, existieron deficiencias en el diseño de arquitectura que originaron mayor costo, así como también en otras especialidades, no obstante, a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 13 es:

“El Adicional de Obra N° 13, se ha originado por errores en el expediente técnico al proyectarse ambientes hospitalarios con áreas antirreglamentarias y corredor innecesario en el Sector C 1 – Segundo Piso, lo que motivo la participación del Supervisor y la Unidad Estudios de la DGIEM elaborando un nuevo diseño arquitectónico en dicho Sector que corrige lo observado, obteniéndose una modificación que alcanza la funcionalidad requerida en la atención a los usuarios”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

Finalmente, tenemos el Informe N° 898-2013-OGAJ//MINSA, de fecha 31 de octubre 2013; a través del mismo se tiene que el arquitecto Ramiro Rodríguez realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 14: BASES PARA TORRES DE ENFRIAMIENTO, CHILLERS, UTAS Y ELECTROBOMBAS

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 932-2013-OGAJ//MINSA, de fecha 7 de noviembre 2013*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 14, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, en la página 14, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existe omisión en el Expediente Técnico de planos, detalles y especificaciones técnicas para las bases de concreto que servirán de apoyo a los equipos de aire acondicionado, distribuyendo cargas a los techos y disminuyendo las vibraciones: a las Torres de Enfriamiento, Chiller, UTAS y Electrobombas que serán instalados en las azoteas, no obstante, a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 14 es:

“El Adicional de Obra N° 14, se ha originado debido a la omisión en el Expediente Técnico de planos, detalles y especificaciones para las Base4s de concreto que servirán de apoyo de los diferentes equipos de aire acondicionado (Torres de enfriamiento, CHillers Utas y Electrobombas) que se instalarán en los techos de las azoteas. Estas bases de apoyo distribuyen el peso sobre tales techos y amortiguan la transmisión de vibraciones que perturbarían la salud de los usuarios”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

Finalmente, tenemos el Informe N° 932-2013-OGAJ//MINSA, de fecha 7 de noviembre 2013; a través del mismo se tiene que se realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 15: PARAPETOS, ESCALERA DE GATO Y EVACUACIÓN PLUVIAL EN TECHOS DE ESCALERAS PRESURIZADAS

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 480-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 17 de septiembre 2013*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 15, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, en la página 14, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existe omisión en



planos y detalles para la construcción de parapetos, escaleras de gato y evacuación pluvial en techos de escaleras presurizadas, no obstante, a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 15 es:

“El Adicional de Obra N° 15, se ha originado debido a la omisión en el Expediente Técnico de planos y detalles para la construcción de parapetos, escaleras de gato y evacuación pluvial en techos de escalera presurizadas”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

Finalmente, tenemos el Informe N° 480-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 17 de septiembre 2013; a través del mismo se tiene que se realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 16: TABIQUES DE DRYWALL SOBRE SARDINEL DE CONCRETO Y MODIFICACIONES ELECTRICAS PARA TOMA MURALES EN SECTORES A, B Y C

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 0428-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 26 de agosto 2013*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del

Adicional de Obra N° 16, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existe deficiencias en el Expediente Técnico, toda vez que el proyectista ha considerado que en el muro de ladrillo de 0.15 m de espesor se ubicarían diversas tuberías de conducción de gases medicinales y tomacorrientes para las tomas murales de cabecera en tres a cuatro camas ubicadas en ambos lados del citado muro, sin prever que se debilitaría en extremo al referido muro, produciéndose interferencia de tuberías de gases y eléctricas, no alcanzándose las exigencias de seguridad que corresponden a un hospital; asimismo, se indica que existen deficiencias en el proyecto original de arquitectura por cuanto se consideran muros de 0.15 m de espesor que quedarían muy debilitados al empotrar diversas tuberías de gases medicinales y eléctricas en zonas puntuales de cabeceras de camas, por lo que tuvieron que ser reemplazados en esas zonas por muros de Drywall sobre sardineles de concreto, lográndose además evitar interferencia de las numerosas tuberías; no obstante, a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 16 es:

“El Adicional de Obra N° 16, se ha originado debido a la omisión en el Expediente Técnico de planos y detalles para la construcción de parapetos, escaleras de gato y evacuación pluvial en techos de escalera presurizadas”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

Finalmente, tenemos el Informe N° 0428-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 26 de agosto 2013; a través del mismo se tiene que se realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son

documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no reviste objetividad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 17: NUEVAS SECCIONES DE BANDEJAS ELECTRICAS

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 505-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 4 de octubre 2013*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 17, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existen deficiencias y omisiones en el Expediente Técnico en la especialidad de Instalaciones Eléctricas el Proyecto para conducir la Red de Cables Alimentadores a las diferentes áreas y sectores del Hospital señaló bandejas en frio de tipo escalera de diferentes secciones. El Contratista, la Supervisión y el Proyectista concluyen que las dimensiones de las bandejas proyectadas resultan inapropiadas para conducir la cantidad y espesor de cables alimentadores; del mismo modo, se tiene que no cumplieron con la especificación de bandejas en caliente en lo correspondiente a los tramos exteriores y bandejas en frio para los tramos inferiores; así se sostiene que se omitieron en el diseño algunas bandejas en tramos menores; no obstante, a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 17 es:

“El proyecto eléctrico para conducir la red de cables alimentadores a las diferentes áreas y sectores del hospital considero bandejas en frio y tipo escalera de secciones de 50x50mm, 80x80mm, 160x100mm y 200x100mm.

EL Contratista, Supervisor y Proyectista llegan a la conclusión técnica que las dimensiones de las bandejas proyectadas resultaban inapropiadas para conducir la cantidad y espesor de cables alimentadores y además deberían cumplir la especificación de bandejas en caliente para los tramos exteriores y bandejas en frío para los tramos interiores.

Se han modificado 07 planos de instalaciones eléctricas, en los que se está especificando que tramos permanecerán con bandejas de 100x100mm y cuales serían modificadas por bandejas de 200x100, 300x100, 300x200, 400x200, 600x200 y 800x200mm (que originalmente estaban diseñados de 50x50, 80x80 y 160x100mm) y además algunas bandejas en tramos menores que se habían omitido, están siendo considerados en este adicional”.

Nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

Finalmente, tenemos el Informe N° 505-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 4 de octubre 2013; a través del mismo se tiene que se realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 18: ACTUALIZACIÓN DE CABLEADO ESTRUCTURA, EQUIPAMIENTO INFORMATICO Y TELECOMUNICACIONES

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 1087-2013-OGAJ/MINSA, de fecha 24 de diciembre 2013*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra

N° 18, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existe deficiencias en el Expediente Técnico dado los nuevos estandares internacionales de cableado estructurado, no obstante, a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 18, pero, nuevamente, conforme se aprecia, en dicho medio de prueba se hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

Finalmente, tenemos el Informe N° 1087-2013-OGAJ/MINSA, de fecha 24 de diciembre 2013; a través del mismo se tiene que se realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 19: OBRAS CIVILES POR AMPLIACIÓN DEL AMBIENTE PARA GRUPOS ELECTROGENOS, SALA DE TABLEROS, SUBESTACIÓN Y ESTRUCTURAS NO PROYECTADAS DEL SECTOR B-4

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 650-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 17 de diciembre 2013*, se aprecia que en dichos

documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 19, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existen omisiones y deficiencias en el Expediente Técnico, en específico, en el Proyecto de Arquitectura del Sector H (Sala de Grupos Eléctricos, Sala de Tableros y Subestación de Transformación), deficiencias en el Proyecto de Arquitectura del Sector B-4 y falta de planos estructurales, no obstante, a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 19, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

Finalmente, tenemos el Informe N° 650-2013-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 17 de diciembre 2013; a través del mismo se tiene que se realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 20: GRUPOS ELECTROGENOS, TABLERO ELECTRICOS Y EQUIPOS PARA TRATAMIENTO DE RESIDUOS SOLIDOS CONTAMINADOS

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 265-2014-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 15 de mayo de 2014*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del

Adicional de Obra N° 20, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existen deficiencias en el Expediente Técnico en lo referido al diseño deficiente de los diagramas unifilares eléctricos general y de los tableros secundarios que genera el cambio de potencia de los grupos electrógenos y modificación de tableros eléctricos y cambio de capacidad en el equipo de tratamiento de residuos sólidos, no obstante, a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 20, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

Finalmente, tenemos el Informe N° 265-2014-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 15 de mayo de 2014; a través del mismo se tiene que se realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos. .

Respecto al Adicional N° 21: TOMAS MURALES Y NUEVAS SALIDAS DE GASES MEDICIONALES

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), así como del *Informe N° 812-2014-OGAJ/MINSA, de fecha 24 de julio de 2014*, se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra

N° 21, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que existe omisiones y deficiencias en el Expediente Técnico, por cuanto se omitieron Tomas Murales en las Unidades de Cuidados Intensivos (UCI) y Unidades de Cuidados Intensivos Neonatales (UCIN); las tomas diseñadas solo tenían 5 salidas (para oxígeno, vacío, aire comprimido, gata y eléctricos) debiendo tener un mayor número de salidas; se omitió las tomas murales del tipo TM-8. Las Tomas murales adicionales alcanzaron a 106; no obstante, a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 21, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

Finalmente, tenemos el Informe N° 812-2014-OGAJ/MINSA, de fecha 24 de julio de 2014; a través del mismo se tiene que se realiza una descripción de antecedentes, base legal, generalidades del procedimiento de aprobación del adicional, presupuesto del adicional, conclusiones y recomendaciones, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 22: MODIFICACIONES DE ESPECIFICACIONES TECNICAS PARA CENTRALES DE AIRE COMPRIMIDO MEDICINAL Y VACIO E INCREMENTO DE REDES DE DISTRIBUCIÓN DE AIRE COMPRIMIDO MEDICINAL Y VACIO

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 22, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, en la página 30, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que la causal del PA N° 22 es originada por modificaciones en el Expediente Técnico Contractual al haberse aumentado las capacidades de las Centrales de aire comprimido medicinal y de vacío así como del incremento de sus redes de distribución, no obstante, a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 22, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

A partir de lo señalado, no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra. Cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Respecto al Adicional N° 23: TRABAJOS VARIOS

De la valoración de los medios probatorios señalados en el literal a) y b), se aprecia que en dichos documentos se realizan actos descriptivos de los motivos que conllevaron a la aprobación del Adicional de Obra N° 23, más en ningún momento se aborda, o se aprecia de forma si quiera referencial, la acreditación de la existencia de los elementos de existencia de un vicio oculto.

A través del medio probatorio a), el ingeniero Juan Fernando Elias Podesta, hace referencia a la causa que motivó la adicional materia de análisis, esto es, que en 23 partidas no se consideró información fundamental y detalles en el Proyecto y se formularon una serie de partidas nuevas que no se consideraron en el Expediente Técnico que resultaban imprescindibles para cumplir con el objeto del contrato, no obstante, a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

Por otro lado, del medio probatorio b), se puede apreciar que en el mismo se señala que la causa que motiva el pedido de Adicional de Obra N° 23, pero a partir de la misma no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto.

A partir de lo antes revisado, no se aprecia en extremo alguno cómo es que dicha incongruencia puede configurar *per se* un vicio oculto, menos aún cómo es que dichas incongruencias son relevantes en la obra.

A lo señalado cabe agregar que son documentos elaborados por la propia Entidad, con lo cual su mérito no revista imparcialidad absoluta, de ahí que no se puede tener por absolutamente cierto lo manifestado en los mismos.

Bajo estas consideraciones se tiene que, en el presente caso, la información remitida del adicional en comentario, no acredita de forma fehaciente la concurrencia de los elementos que configuran los vicios ocultos.

Pues bien, a partir del análisis de cada uno de los adicionales, este Colegiado tiene que en el presente caso el demandante no ha cumplido con su carga de probar sus alegaciones. Y ello es así por cuanto de los medios probatorios que se han aportado al proceso, ninguno de ellos ha permitido determinar cómo es que a través de los adicionales de obra aprobados por la Entidad y ejecutados en su favor, se pueda concluir de la existencia de vicios ocultos, tanto más si lo único que existen son informes de parte que carecen de la objetividad suficiente a efectos de determinar lo antes indicado.

En relación a ello, debe precisarse que, en el presente caso, resultaba insoslayable la acreditación de la existencia de que las causas que motivaban cada una de las adicionales aprobadas provenían de vicios ocultos, y ello es así por cuanto sólo de ese modo este Tribunal Arbitral podría apreciar

si los supuestos vicios ocultos tuvieron real incidencia o no en la dación de los adicionales de obra concedidos.

Mencionado ello, corresponde preguntarnos, ¿a quién correspondía acreditar la existencia de vicios ocultos? Para dar una respuesta a dicha interrogante, debe recordarse que la STC N° 04762-2007-PA/TC-SANTA menciona que el demandante debe acreditar los hechos que sustentan su pretensión, mientras que el demandado, aquellos que configuran su contradicción; sin embargo, ello no siempre ocurre así, pues la teoría de la carga de la prueba eventualmente da pase a la denominada prueba dinámica, con cuyo análisis se determina si en efecto la probanza del hecho alegado le corresponde a quien lo alega.

Una carga procesal²⁴ es entendida como *“un imperativo en propio interés. El que no cumple un acto que le conviene a su propio interés en el proceso, sufre las consecuencias de ese incumplimiento, pierde la condición ventajosa que hubiera obtenido de cumplir ese acto. Nadie obliga a la parte a cumplir ese acto, pero ella sabe que le conviene hacerlo y si no lo hace puede verse perjudicada”*²⁵; una carga no es sino un derecho subjetivo que permite a la parte hacer o no algo, pero con la particularidad de que, si decide no hacer ese algo, perderá la ocasión de realizarlo posteriormente, asumiendo los perjuicios que para sí mismo conlleva su no hacer.

Vista la idea de carga procesal, podemos afirmar que la carga de la prueba no supone que la parte sobre la cual recae, sea quien necesariamente deba ofrecer el medio probatorio, sino que es a ella a quien le interesa hacerlo.

Sin embargo, nada obsta que el medio probatorio pueda ser ofrecido por la contraparte en beneficio del primero; el problema surge por el hecho de que, si nadie ofrece el medio probatorio, las consecuencias de esa omisión, las sufre la parte sobre la cual recae la carga de la prueba.

Así, en el presente caso, este Colegiado advierte que la carga de la prueba recaería sobre la Entidad, siendo a dicha parte a quien correspondería acreditar en principio la existencia de los vicios ocultos, a efectos de dar cuenta que los adicionales de obra fueron aprobados debido a

²⁴ Se distingue de los deberes procesales que constituyen imposiciones de conducta a los sujetos, a las partes, en miras del interés de la comunidad. ej. Lealtad. Y de las obligaciones procesales que supone el sometimiento del individuo para cumplir una obligación en beneficio de otro, tales como la condena de costos.

²⁵ LIÑAN ARANA, Luis Alberto. *“Apuntes sobre la Prueba en el Proceso Civil”*. En: *Advocatus N° 4*. Lima, p. 250.

dichas falencias. La razón de ello es sumamente clara, sólo a la Entidad le interesa acreditar la existencia de dichos vicios

De este modo, tenemos que la carga de la prueba busca determinar a quién le interesa probar y no quien debe probar; por ello, siendo el Demandante el interesado en que se declare la existencia de vicios ocultos en el Expediente Técnico, le correspondía asumir la carga de la prueba de los hechos afirmados en su demanda, tanto más si nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento 5) de la STC N° 04822-2011-PA/TC-CAJAMARCA ha señalado que:

“Constituye un principio procesal que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma un hecho, por tanto este Tribunal Constitucional considera que si la Municipalidad emplazada asegura que el demandante fue contratado mediante contratos para obra determinada o servicio específico, al amparo del artículo 63º del Decreto Supremo N.º 003-97.TR debió probar dicha afirmación, por lo que al no haberlo efectuado, pese a que se le notificó debidamente la demanda y sus recaudos, este Tribunal concluye que de acuerdo con lo previsto en el artículo 4º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, se configuró una relación laboral a plazo indeterminado desde el 25 de junio de 2008, pues conforme a las boletas de pago antes citadas el recurrente laboró en forma ininterrumpida desde esta fecha.”

Según puede apreciarse, no puede compelerse a la parte demandada a acreditar la existencia de vicios ocultos en el expediente técnico, toda vez que ello, configuraría como un típico supuesto de prueba diabólica, que no haría más que tener como corolario la manifiesta violación de los principios procesales ampliamente desarrollados en los considerandos que anteceden, lo que podría incluso, llegar a determinar una eventual anulación del presente laudo arbitral.

Así, siguiendo una secuencia lógica, la parte que alega la existencia de un hecho a su favor, debe acreditar la existencia de dicho hecho y una vez ocurrido ello, la parte que contradice, debe acreditar que ello no ha ocurrido o que en todo caso no se ha cumplido con los requisitos establecidos para tales efectos. Entonces, no es difícil concluir que a la Entidad es a quien interesa –y debe en caso de pretender el amparo de su pretensión- acreditar la existencia de los vicios ocultos en el Expediente Técnico.

Es así, que podemos concluir que en el presente proceso arbitral, que quien tuvo que ofrecer y en quien pesaba la carga de la prueba, no ejerció el acto correspondiente (p.e. no haber

ofrecido los medios probatorios que sustentaban sus alegaciones) en la oportunidad que tenía para ello, y es en virtud del principio de preclusión, que como dice Taruffo éstas "sirven para establecer, en los tiempos lógicos del proceso, los momentos dentro de los cuales determinadas actividades de las partes deben ser cumplidas, y a sancionar a la parte que no respeta la secuencia predeterminada por la ley (...);

En definitiva, este Colegiado, a partir de los fundamentos esgrimidos en los considerandos previos, estima pertinente declarar improcedente la primera pretensión principal de la demanda arbitral, en atención a falta de probanza de lo alegado; de ahí que resulta material y jurídicamente imposible poder determinar la existencia o no de vicios ocultos en el Expediente Técnico del Contrato, mucho menos que esos vicios hayan podido ser determinante (causa) para la dación de los Adicionales N° 3, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23; no obstante lo antes indicado, este Colegiado considera atendible dejar a salvo el derecho de la Entidad de poder acreditar en la instancia correspondiente la existencia de los hechos alegados en el presente proceso.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

"Determinar si corresponde o no, que el Tribunal ordene a la Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. cumpla con reintegrar al Ministerio de Salud la suma de S/ 29'230,457.38 (Veintinueve millones doscientos treinta mil cuatrocientos cincuenta y siete y 38/100 Soles), originada por las omisiones, deficiencias y vacíos en la prestación de servicios de supervisión contenida del Contrato N° 287-2009-MINSA".

Posición de la Entidad:

La entidad refiere que como consecuencia de la deficiencia de los estudios definitivos elaborados por el Consorcio ATA KUKOVA, y aprobados por el supervisor, se ha generado el presupuesto o valor referencial del expediente técnico se incremente a la suma de S/ 29'230,457.38.

Lo antes señalado, según sostiene la entidad, se aprecia acreditado a través del Informe N° 469-2015-UO-DI-DGIEM/MINSA, de fecha 17 de junio de 2015, donde ponen en evidencia las deficiencias y omisiones encontradas en el expediente técnico elaborado por el proyectista, y revisadas por el supervisor, han generado que los adicionales de obra asciendan a un monto total de S/. 16'089,458.71, así como también que los mayores gastos generales pagados por el Ministerio de Salud asciendan a la suma de S/. 13'140,998.38.

En este sentido la Entidad refiere que la causa que justifica la aprobación de los adicionales de obra descubiertos por el ejecutor de la obra y solicitados esta parte, se genera por las omisiones y deficiencias en el expediente técnico.

Posición del Contratista:

Señala que, la demanda arbitral del Ministerio de Salud debe ser declarada infundada o improcedente al haber caducado de conformidad con el artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, señala que el Ministerio de Salud no ha remitido la documentación pertinente, como el Expediente Técnico Original y el Expediente Técnico Modificado, que acredite los hechos de la demanda arbitral, y así se permita ejercer primero la autenticación y segundo la observación pertinente por parte del demandado, vulnerándose así la obligación del demandante de acreditar los hechos alegados.

Posición del Tribunal Arbitral:

A partir de la pretensión materia de análisis el Demandante procura que el Tribunal Arbitral ordene al Demandado que le reintegre la suma de S/ 29'230,457.38 (Veintinueve millones doscientos treinta mil cuatrocientos cincuenta y siete y 38/100 Soles), y ello en atención a los gastos que tuvo que incurrir como consecuencia de la deficiente prestación de servicios de supervisión.

Pues bien, en estricta coherencia con lo resuelto en el primer punto controvertido, corresponde señalar a este Colegiado que resulta jurídicamente imposible poder atender y analizar lo pretendido mediante la segunda pretensión principal, toda vez que previo a ello deberá determinarse si existe o no vicios ocultos, y si estos han provocado algún concepto que corresponda devolver a la Entidad.

En conclusión, corresponde declarar improcedente la segunda pretensión principal, dejando a salvo el derecho de la parte Demandante de acreditar el monto que corresponde ordenar al Demandado retribuir a éste, una vez determinada la existencia de vicios ocultos en el Expediente Técnico.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Determinar si corresponde o no, que el Tribunal ordene a la Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. cumpla con indemnizar a la entidad por los daños y perjuicios generados al Ministerio de Salud con la suma de S/ 29’230,457.38 (Veintinueve millones doscientos treinta mil cuatrocientos cincuenta y siete y 38/100 Soles)”.

Posición de la Entidad:

La Entidad refiere que, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo del supervisor de la obra, y en atención a lo establecido en los artículos 1485, 1503, 1504, 1315 y 1321 del Código Civil, corresponde que el demandado asuma el pago de los daños producidos a la entidad en su esfera patrimonial. Así, a través de la presente pretensión indemnizatoria se procura el resarcimiento del daño objetivo, en vista del incumplimiento por parte del demandado al momento de la realización de sus funciones de forma dolosa.

Posición del Contratista:

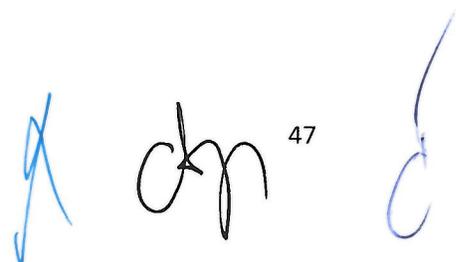
La posición del Contratista sigue siendo que, la demanda arbitral del Ministerio de Salud sea declarada infundada o improcedente al haber caducado de conformidad con el artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, señala que el Ministerio de Salud no ha remitido la documentación pertinente, como el Expediente Técnico Original y el Expediente Técnico Modificado, que acredite los hechos de la demanda arbitral, y así se permita ejercer primero la autenticación y segundo la observación pertinente por parte del demandado, vulnerándose así la obligación del demandante de acreditar los hechos alegados.

Posición del Tribunal Arbitral:

Corresponde iniciar el análisis del presente punto controvertido señalando que la responsabilidad civil connota el acontecimiento de daños jurídicamente relevantes, la realización de actos que ocasionen dichos daños y la obligación de resarcirlos²⁶.

Es así que Jansen analizando la historia y la dogmática del tratamiento del derecho de daños en Europa señala que el derecho de daños tiene como presupuesto la existencia de una conducta contraria a un deber jurídico: *el causante de un daño sólo es responsable del mismo si ha realizado*

²⁶ *Ibidem*.



un acto ilícito, esto es, si ha realizado un acto no permitido por el derecho. De ahí que la cuestión dogmática se centre en el concepto de antijuricidad y de culpa (...)»²⁷.

Ya al interior del derecho civil, la responsabilidad se puede clasificar en: extracontractual y contractual.

La responsabilidad extracontractual se produce sin que previamente medie obligación ni relación entre agente del daño y víctima, o mejor dicho, con independencia de la existencia o no de dicha relación²⁸.

Mientras que la responsabilidad contractual se puede definir como aquella que se deriva del incumplimiento por parte del deudor de una obligación preexistente. En tanto que la responsabilidad extracontractual se produce sin que previamente medie obligación ni relación entre agente del daño y víctima, o mejor dicho, con independencia de la existencia o no de dicha relación²⁹.

Así, la responsabilidad contractual en términos doctrinarios se produce cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, en este sentido la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado relación jurídica obligatoria³⁰.

Entonces, una vez determinada el tipo de responsabilidad, el afectado podrá solicitar una indemnización como medida frente al hecho o acto lesivo. La obligación de reparar no es la materia del contrato, ya que esa es únicamente la prestación pactada.

Es solo cuando fracasa la convención, cuando el pacto no se cumple o se cumple insuficientemente y cuando tal incumplimiento provoca daños, que la ley hace nacer la obligación del causante de los daños (debido a su incumplimiento o a su mora) de pagar una indemnización (no pactada) a la parte damnificada.³¹

²⁷ Nils Jansen. Estructura de un derecho europeo de daños. EN: IN DRET, Revista Electrónica del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra. <http://www.indret.com/>

²⁸ Santiago Cavanillas Múgica e Isabel Tapia Fernández, *La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1992, página 3.

²⁹ Santiago Cavanillas Múgica e Isabel Tapia Fernández, *La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1992, página 3.

³⁰ Taboada Córdova, Lizardo; *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora jurídica Grijley EIRL, 2ª edición, 2003, pág. 30.

³¹ De Trazegnies, Fernando, *La Responsabilidad extracontractual*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo II, 1988, pág.445.

Por otro lado, es importante indicar que la indemnización, de acuerdo al Código Civil, es una pretensión de carácter personal, es decir, quien demanda el pago de ésta es quien se considera víctima o afectado por un comportamiento dañoso atribuido al responsable.

Así, los elementos que configuran tanto la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual, tienen rasgos similares, tomando en cuenta que ambas figuras de responsabilidad civil suponen la búsqueda de la reparación de los daños irrogados en razón de una conducta inadecuada o ilícita que produce este efecto dañoso. Así pues, los elementos que configuran la responsabilidad son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

En relación al elemento (i), esto es “la imputabilidad”, el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica, de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda, puesto que, independientemente de que causare o no un daño, si es que dicha persona por su capacidad no le es atribuible el resarcimiento, entonces no merece que se prosiga con el análisis de los demás elementos antes indicados.

En relación al elemento signado con el punto (ii), esto es la licitud o antijuricidad, Lizardo Taboada³² señala lo siguiente:

“Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)”

Entonces, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendiendo este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad).

³² Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

En relación al elemento (iii), el factor de atribución, es el elemento que nos va a indicar en función a qué es responsable y sobre el particular debemos analizar si nos encontramos ante un factor de atribución objetivo o subjetivo.

En relación al punto (iv), o nexa causal, Lizardo Taboada³³ Córdova señala lo siguiente:

“En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase”

Asimismo, el artículo 1321° del Código Civil señala:

“Artículo 1321°.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.(...)”

En otros términos, para que la responsabilidad civil proceda, deberá existir un nexa causal entre el hecho del incumplimiento y el daño producido; es decir, y a diferencia de lo establecido en el artículo 1985° del Código Civil (que regula la causa adecuada), para cuestiones de inexecución de obligaciones el precitado artículo 1321° regula la denominada causa próxima.

Por último, en relación al punto (v), es decir en relación al daño, debemos precisar que la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas³⁴ lo define como *“el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito”*.

En el mismo sentido, Ferri³⁵ precisa aún más el concepto, al establecer que:

“(...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (...)”. (Subrayado y sombreado nuestro).

³³ Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p35.

³⁴ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1ª Ed. Editora Atalaya, p. 152

³⁵ Ferri, G.B. Citado por Espinoza Espinoza, Juan. *El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984*. 2ª Ed., p. 273.

Podemos concluir entonces que el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos, avasallando los de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado. A estos actos debemos denominarlos como comportamiento dañoso.

Por otro lado, corresponde señalar enfáticamente que, así como resulta importante cumplir los elementos de la responsabilidad contractual, se debe cumplir también con acreditar los daños que se solicitan indemnizar.

Tanto la normativa como la doctrina vigente refieren que todo daño debe estar debidamente acreditado toda vez que lo que se pretende demostrar es que, efectivamente, se ha producido un daño; en otros términos, no basta con señalar el daño, sino que se debe acreditar los mismos de manera indubitable.

Como señala el profesor Canelo, *“Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”*

Esto responde al denominado por la doctrina como Onus Probandi, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del Onus Probandi, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que *“lo normal se presume, lo anormal se prueba”*.

Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (affirmanti incumbit probatio); es por ello que a quien afirma se le ha producido un daño, incumbe que lo pruebe.

En este tenor, la Corte Suprema se ha manifestado al respecto señalando que: *“El derecho a probar, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes”*³⁶; en ese mismo sentido, ha subrayado lo siguiente: *“El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren*

³⁶ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión, o su defensa”³⁷.

Por otro lado, ha señalado, respecto al sentido de la carga de la prueba, que:

“La carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, de manera que su incumplimiento determina la absolución de la contraria. Las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, por cuanto que solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso”³⁸.

Esto se explica en el hecho que encontrándose en juicio las partes, éstas pueden alegar diversidad de cuestiones en defensa de sus intereses; sin embargo, no todo ello necesariamente ha de ser cierto, sino que dependerá de lo que a través de sus medios de prueba puedan o no acreditar. Es así que la consecuencia natural de la improbanza de lo alegado, sea la desestimación de lo pretendido, es decir, la declaración de infundabilidad de la pretensión.

Así las cosas, verificada la demanda interpuesta y de los documentos presentados por el Contratista, se tiene que éste no logra acreditar que en efecto le asista el derecho que reclama, dado que no existen elementos de juicio suficientes que permitan a este Tribunal Arbitral inferir que se le ha generado algún daño de manera concreta o que ha sufrido en términos efectivos el perjuicio que denuncia. Por las razones expuestas, no existe mérito suficiente para amparar la pretensión Demandada, debiendo declararse infundada la misma.

TERCERA PRETENSÓN PRINCIPAL:

“Determinar si corresponde o no, que el Tribunal declare la improcedencia o falta de fundamento de la demanda planteada por el Ministerio de Salud al contravenir las reglas del arbitraje, Ley de Arbitraje N° 1071 y la carga de la prueba”.

Posición de la Entidad:

³⁷ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

³⁸ Exp.: 99-23263, 5ta Sala Civil de Lima, 06/12/01 (LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Jurisprudencia Actual, Lima, 2005, T. 6 p. 461).

Pese a haber sido debidamente notificado la Resolución N° 5 con fecha 17 de agosto de 2018, el Contratista no ha emitido pronunciamiento alguno respecto a la tercera pretensión principal.

Posición del Contratista:

Con fecha 10 de diciembre de 2009, se suscribió el Contrato entre la empresa Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. y la Entidad, con el objeto de que el primer supervise la elaboración del expediente técnico del nuevo Hospital de Emergencias de Villa El Salvador.

Con fecha 3 de junio de 2011, la empresa Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. presentó y comunicó la aprobación del expediente técnico, el mismo que no presentó observación alguna conforme al Informe Técnico N° 087-2011-UT-DGIEM/MINSA.

Con fecha 13 de junio de 2011, se dio la conformidad tácita del servicio de supervisión. Así, con fecha 28 de junio de 2011, el acto administrativo de conformidad con el servicio de supervisión quedó consentido.

Con fecha 19 de enero de 2017, la Entidad solicita el inicio del arbitraje; sin embargo, no consideró que desde que quedó consentida la conformidad del servicio hasta la solicitud de arbitraje han transcurrido más de 5 años y siete meses.

Asimismo, refiere el demandado que, pese a estar cuestionando la existencia de vicios ocultos en el expediente técnico original y modificado, la Entidad no ha cumplido con acreditar en el proceso arbitral la existencia de dichos documentos.

Posición del Tribunal Arbitral:

Por un lado, el Demandado pretende que se declare improcedente la demanda arbitral debido a que la misma ha sido interpuesta contraviniendo las reglas aplicables para tales efectos, y esto es así por cuanto refiere que en el presente caso se ha interpuesto la demanda arbitral fuera de los plazos establecidos para tales efectos.

Bajo este tenor, la Ley de Contrataciones del Estado³⁹ (D.L. N° 1017⁴⁰) señala, en su artículo 52, que:

“Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad”. (Resaltado nuestro)

Así, conforme al artículo 50 de la LCE:

“Artículo 50.- Responsabilidad del contratista

El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda” (Resaltado nuestro).

Entonces, a partir de lo señalado, debemos concluir que la excepción de caducidad, aplicada al contexto de las contrataciones con el Estado, y en concreto al caso de supuestos de vicios ocultos, se produce (conforme a lo estipulado en el artículo 50 de la LCE) cuando se ha configurado el plazo de responsabilidad establecido en las Bases del Contrato.

Según el Demandado, en el presente caso el Demandante contaba con un plazo de un (1) año a efectos de dar inicio al presente arbitraje. Pues bien, lo cierto es que el Demandado, en lo

³⁹ En adelante, la LCE

⁴⁰ Cabe señalar que la norma aplicable al presente caso es el D.L. N° 1017 previo a su modificación primera modificatoria, la cual se realizó mediante Ley N° 29873, la cual entrara en vigencia el 1 de junio de 2012; y ello es así en tanto que el Contrato que motiva la presente controversia se celebró fecha 11 de noviembre de 2009.

referente a este extremo, incurre en un error en la fundamentación de su pedido, toda vez que pretende que el Tribunal Arbitral determine vía una pretensión principal la caducidad de lo pretendido por el Demandante. En efecto, el Demandado no ha recurrido al mecanismo procesal de la excepción a efectos de cuestionar la caducidad de lo pretendido por el Demandante, sino que, contrario a ello, ha procedido a demandarlo vía pretensión principal.

Por otro lado, tenemos que deviene en improcedente lo pretendido por el demandado, toda vez que, para realizar un análisis de fondo de la presente petición, se debería previamente determinar si estamos o no ante la existencia de vicios ocultos, lo cual conforme se ha manifestado no resulta procedente declarar a través del presente proceso, toda vez que, no se ha podido verificar las condiciones y elementos para un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de vicios ocultos.

Por su parte, el Demandado tampoco ha acreditado la existencia de algún pronunciamiento firme que dé cuenta de la existencia de vicios ocultos en el Contrato que es materia de controversia. Es justamente responsabilidad de un Colegiado competente dilucidar si en el presente caso se ha producido o no un supuesto de vicios ocultos, a partir de los medios probatorios que la parte Demandante aporte.

A partir de lo señalado corresponde declarar improcedente dicho extremo de lo peticionado por el demandado.

De otro lado, tenemos que el Demandado peticiona a este Colegiado que se declare improcedente la demanda arbitral por falta de probanza de las pretensiones. Pues bien, al respecto, y en estricta coherencia con lo señalado en los fundamentos esgrimidos en los puntos controvertidos anteriores, tenemos que lo peticionado por el Demandado en este extremo resulta amparable, toda vez que efectivamente la parte Demandante no ha cumplido con acreditar lo peticionado, y como consecuencia de ello se le ha declarado improcedente su primera pretensión principal, dejando a salvo su derecho de poder acreditar la existencia de vicios ocultos a través de las instancias correspondientes.

Bajo las consideraciones antes señaladas, este Colegiado estima pertinente declarar fundada en parte la petición contenida en el tercer punto controvertido. Declarando infundada la pretensión en el extremo referido a la caducidad de lo peticionado por el Demandante, y fundado en lo referido a la falta de probanza de lo peticionado por el Demandante.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:



“Determinar si corresponde o no, que el Tribunal ordene la Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. asuma el 100% de los gastos y honorarios arbitrales del proceso.”

Posición de la Entidad:

Al respecto, la Entidad no manifiesta argumento alguno.

Posición del Contratista:

Al respecto, el Contratista no manifiesta argumento alguno.

Posición del Tribunal Arbitral:

Respecto a esta controversia, las reglas de la asunción de los costos y honorarios correspondientes a los miembros del tribunal arbitral y al secretario, se encuentran reguladas en el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo 1071, que establece lo siguiente:

Artículo 56.- Contenido del laudo

“(…)

2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73”.

“Artículo 69.- Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje a falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.”

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos:

El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”

En tal sentido, las normas aludidas establecen que tanto el Tribunal Arbitral como las partes, están facultados para determinar quién o quienes deberán asumir los gastos que implica el presente proceso arbitral, en conformidad con las normas de la presente ley.

Así se tiene que las partes litigantes en este conflicto, en común acuerdo, pueden establecer las reglas referidas a la asunción de los costos del presente arbitraje, ya sea por sus propios criterios o basándose en reglas arbitrales ya establecidas.

Sin embargo, si ambas partes no hubieran llegado a ningún acuerdo, el tribunal arbitral designado para dirimir la presente controversia tendría la potestad de determinar las reglas sobre este asunto, dentro del marco normativo de la presente ley.

Así se tiene que, entre los criterios en que se puede basar el Colegiado para determinar el procedimiento de asunción de los costos arbitrales, está el del posible acuerdo al que hayan llegado las partes; el que dichos costos los podría asumir la parte a la que el fallo no le hubiera beneficiado; o distribuir el pago de dichos costos a cada una de las partes, en forma proporcional y razonable, siempre y cuando las circunstancias lo ameriten.

Al respecto, de lo observado en el presente arbitraje, se deja constancia que no hubo ningún acuerdo entre el CONTRATISTA y la ENTIDAD para determinar el procedimiento para asignar la asunción de los costos del Tribunal Arbitral, por lo cual, se entiende que la responsabilidad de determinar la asunción de estos costos recae en el presente Colegiado.

Por tanto, este Tribunal considera que, HABIENDO LA ENTIDAD ASUMIDO LA TOTALIDAD DE LOS HONORARIOS ARBITRALES, y considerando que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, corresponde que por proporcionalidad y razonabilidad los honorarios arbitrales sean asumidos de la siguiente manera:

- 50 % QUE DEBERÁ ASUMIR A LA ENTIDAD.
- 50 % QUE DEBERÁ ASUMIR EL CONTRATISTA.

Los honorarios arbitrales fueron fijados de la siguiente forma: S/74,574.00 (Setenta y cuatro mil quinientos setenta y cuatro con 00/100 Soles) como honorarios netos para cada uno de los árbitros y la suma de S/65,768.00 (Sesenta y cinco mil setecientos sesenta y ocho con 00/100 Soles) como honorarios netos de la Secretaría Arbitral, verificándose además que el pago de la totalidad de los gastos arbitrales ha sido asumido por la Entidad.

| | ARBITRO 1 | ARBITRO 2 | ARBITRO 3 | SECRETARIO ARBITRAL | MONTO |
|---|--------------|--------------|--------------|---------------------|---------------------|
| Honorarios Arbitrales iniciales fijados en el Acta de Instalación a cargo del Contratista | S/ 37,287.00 | S/ 37,287.00 | S/ 37,287.00 | S/32,884.00 | S/144,745.00 |
| Honorarios Arbitrales iniciales fijados en el Acta de Instalación a cargo de la Entidad | S/ 37,287.00 | S/ 37,287.00 | S/ 37,287.00 | S/32,884.00 | S/144,745.00 |
| MONTO TOTAL ASUMIDO POR LA ENTIDAD | | | | | S/289,490.00 |

En ese sentido, considerando que la totalidad de honorarios arbitrales ascienden a la suma de S/289,490.00, corresponde que EL CONTRATISTA devuelva a LA ENTIDAD la suma de S/144,745.00 (Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Setecientos Cuarenta y Cinco con 00/100 Soles), equivalentes al 50% de honorarios arbitrales que le corresponde asumir.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral.

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, LAUDA:

PRIMERO. – DECLÁRESE IMPROCEDENTE la primera pretensión principal contenida en el Escrito de Demanda Arbitral, de fecha 12 de mayo de 2017, analizada en el primer punto controvertido; en consecuencia, **NO CORRESPONDE** declarar la existencia de vicios ocultos en el Expediente Técnico, mucho menos que esos vicios hayan podido ser determinante (causa) para la dación de los Adicionales N° 3, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23; no obstante, se deja a salvo el derecho de la Entidad de poder acreditar en la instancia correspondiente la existencia de los hechos alegados en el presente proceso.

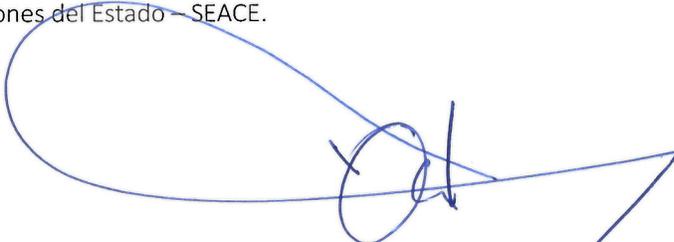
SEGUNDO. – DECLÁRESE IMPROCEDENTE la segunda pretensión principal contenida en el Escrito de Demanda Arbitral, de fecha 12 de mayo de 2017, analizada en el segundo punto controvertido; en consecuencia, NO CORRESPONDE ordenar a la Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. cumpla con reintegrar al Ministerio de Salud la suma de S/ 29'230,457.38 (Veintinueve millones doscientos treinta mil cuatrocientos cincuenta y siete y 38/100 Soles)

TERCERO. – DECLÁRESE IMPROCEDENTE la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal contenida en el Escrito de Demanda Arbitral, de fecha 12 de mayo de 2017, analizada en el tercer punto controvertido; en consecuencia, NO CORRESPONDE ordenar a la Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. que indemnice al Ministerio de Salud.

CUARTO. – DECLÁRESE FUNDADO EN PARTE la tercera pretensión principal contenida en el Escrito de Contestación de Demanda Arbitral, de fecha 8 de agosto de 2017, analizada en el cuarto punto controvertido; en consecuencia, CORRESPONDE declarar infundada la pretensión que procura la declaración de caducidad de lo pretendido por el Ministerio de Salud, toda vez que ello implicaría un etapa de conocimiento previo; asimismo, corresponde declarar fundado el extremo del pedido que procura que se declare improcedente lo peticionado en la demanda arbitral a partir de la improbanza del mismo.

QUINTO. – DECLÁRESE que el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del presente arbitraje sean asumidos por las partes en partes iguales 50% cada uno; en consecuencia, corresponde que la empresa Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A devuelva al Ministerio de Salud– MINSA la suma de S/144,745.00 (Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Setecientos Cuarenta y Cinco con 00/100 Soles), equivalentes al 50% de honorarios arbitrales.

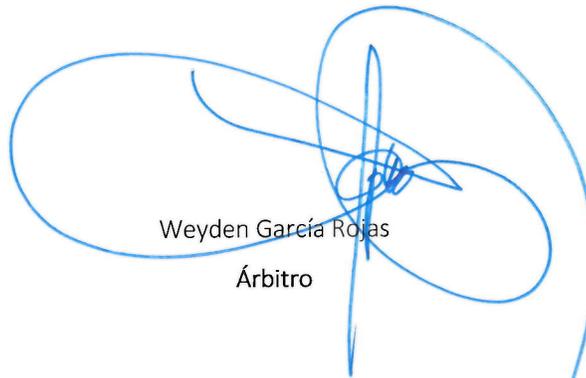
SEXTO. – INDÍQUESE que, adicionalmente a la notificación en los domicilios procesales de ambas partes, el presente Laudo Arbitral será también notificado a través del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado – SEACE.


Luis Felipe Pardo Narváez
Presidente del Tribunal Arbitral



Edwin German Panta Zegarra

Árbitro



Weyden García Rojas

Árbitro



Kim Moy Camino Chung

Secretaria Arbitral