

Consortio Huarangal
Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima
Arbitraje de Derecho

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

Centro
de Arbitraje
Cámara de Comercio de Lima

2014 MAY 16 PM 5 39

DEMANDANTE : CONSORCIO HUARANGAL
DEMANDADO : SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO
DE LIMA- SEDAPAL
CASO ARBITRAL : 2483-2013 -CCL

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMACIÓN

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado por el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Oswaldo Hundskopf Exebio, Sergio Alberto Tafur Sánchez y Mario Ernesto Linares Jara; en la controversia suscitada entre el Consortio Huarangal (en adelante, el CONSORCIO) y el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante, SEDAPAL).

Resolución N° 17

Lima, 13 de mayo de 2014

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

- 1.1. El 23 de febrero de 2011, el CONSORCIO y SEDAPAL suscribieron el Contrato N° 060-2011-SEDAPAL (en adelante, CONTRATO) para la elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la obra "Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de agua potable y alcantarillado del esquema San Pedro de Carabayllo-Distrito de Carabayllo", por el monto de S/. 40'641,410.51, incluido IGV desagregado de la siguiente manera:

Presupuesto a Suma Alzada	:	S/. 20'847,817.71
Presupuesto a Precio Unitario	:	S/. 19'793,592.80
Total	:	S/. 40' 641,410.51

II. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

- 2.1 En la cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, se incorpora la voluntad de las partes en el sentido de someter potenciales controversias a la decisión de un Tribunal Arbitral. Los términos de esta cláusula arbitral se transcriben a continuación:

Cláusula Décimo Séptima: Solución de Controversias

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán sometidos, en primer lugar, a

**Consortio Huarangal
Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima
Arbitraje de Derecho**

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

conciliación entre las partes para lo cual se establece que cualquiera de las partes podrá presentar la solicitud de conciliación dentro del plazo de caducidad establecida por el Decreto Legislativo N° 1017 "Ley de Contrataciones del Estado", ante cualquier Centro de Conciliación autorizado para resolver este tipo de conflictos.

Los conflictos que no pudieran resolverse a través de conciliación o los que se resolvieran de manera parcial, deben someterse a un arbitraje de derecho, mediante el cual serán resueltos de manera definitiva e inapelable, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado y en el Decreto Legislativo N° 1017.

El plazo para interponer arbitraje, una vez concluido el proceso conciliatorio sin acuerdo de partes o con acuerdo parcial, es el consignado en los artículos 144, 170, 175, 199, 201, 207, 209, 210 y 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, debiendo computarse el mismo, a partir de la suscripción del Acta de Conciliación correspondiente. En el caso de controversias que no cuenten con un plazo específico dentro del Reglamento, este será de quince (15) días calendario, contados a partir de la suscripción del Acta respectiva.

El arbitraje se desarrollará en la ciudad de Lima de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administrativas y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad. Únicamente no se aplicará el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en lo siguiente:

- 1. Respecto a los costos arbitrales: las partes determinan, en virtud de su libre potestad y su libre pacto entre ellas, que el pago de gastos, costas y costos del proceso los realizará quien solicite el arbitraje.*
- 2. Las partes acuerden de forma expresa que para interponer el recurso de anulación contra el laudo, no se requiere de la presentación de la garantía a la que se hace mención el artículo 66° del Decreto Legislativo N° 1017, además tampoco se requiere la presentación de la carta fianza solidaria, incondicional y de realización automática a la que se refiere el artículo 61° del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima".*

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

- 2.2 Atendiendo a lo establecido por las partes en la cláusula antes transcrita, se advierte que la mencionada controversia deberá ser resuelta mediante un arbitraje nacional y de derecho, por lo que fue necesaria la verificación de un escenario de conflicto para que se inicie el presente proceso.

III. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 3.1 Al haberse suscitado una controversia entre las partes, el CONSORCIO solicitó el inicio del proceso arbitral y nombró como Árbitro al doctor Mario Linares Jara, mientras que SEDAPAL designó al doctor Sergio Tafur Sánchez, quienes al llegar a un acuerdo respecto del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, designaron al doctor Oswaldo Hundskopf Exebio.
- 3.2 Designados los árbitros conforme a las reglas establecidas para tales efectos, con fecha 9 de abril de 2013 se declaró instalado el Tribunal Arbitral. A dicha audiencia asistieron los señores árbitros, doctores Oswaldo Hundskopf Exebio, Sergio Tafur Sánchez y Mario Linares Jara; así como los representantes del CONSORCIO, los señores Eusebio Palomino Rivera y Ricardo Gálvez Alvares y, en representación de SEDAPAL el señor Hugo Javier Diaz Cervantes, asesorado por su abogado, doctor Carlos Christian Caballero Gonzales.
- 3.3 En dicha oportunidad, los miembros del Tribunal Arbitral se ratificaron en la aceptación del cargo, declarando tener disponibilidad para actuar como árbitros y que se conducirán con independencia e imparcialidad.
- 3.4 De igual forma, en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes declararon someterse incondicionalmente a los Reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Asimismo, señalaron que sería aplicable al presente arbitraje las Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, así como las Directrices de la International Bar Association sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional.

- 3.5 Por último, el Tribunal Arbitral otorgó al CONSORCIO un plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que cumpla con presentar su demanda arbitral, computado desde el día siguiente de suscrita el Acta de Instalación.

IV. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LA POSICIÓN DEL CONSORCIO

- 4.1 Por escrito de fecha 30 de abril de 2013, el CONSORCIO interpuso demanda contra SEDAPAL, señalando las siguientes pretensiones¹:

“PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, el Tribunal Arbitral deje sin efecto la Carta N° 1685-2012-EGP-N de fecha 06.JUL.2012, que ordena la aplicación de una penalidad en la Valorización N° 05 (Final) por la Elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico y ordene a LA DEMANDADA cumpla con pagar el importe ascendente a S/. 323,252.85 reiterada con Carta N° 0043-2013-CONS/HRG de fecha 17.ENE.2013, más los intereses legales desde la presentación de la valorización hasta la fecha efectiva de pago.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, el Tribunal Arbitral:

- a) Declare la Nulidad e Ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 843-2012-GG de fecha 26 de octubre de 2012, mediante la cual LA DEMANDADA, resuelve denegar la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 03 por 63 días calendario;
- b) Apruebe la solicitud de ampliación de plazo N° 03 por 63 días calendario, solicitada mediante Carta N° 0589-2012-CONS/HRG de fecha 10 de octubre de 2012, para la ejecución de obra y;
Ordene a LA DEMANDADA, cumpla con pagar a favor del CONTRATISTA los mayores gastos generales ascendentes a S/. 820,315.11 (Ochocientos Veinte Mil Trescientos Quince con 11/100 Nuevos Soles), al que deberá añadirse los intereses legales a la fecha de pago.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, el Tribunal Arbitral resuelva la controversia surgida por la inadecuada interpretación del contrato que hace LA DEMANDADA, al exigirnos la construcción de un Reservoirio RP-01 de 3000 m3, cuyo expediente fue aprobado mediante Resolución de Gerencia de

¹ Por escrito de fecha 23 de agosto de 2013, el CONSORCIO se desistió de la Segunda, Cuarta y Sexta Pretensión. Asimismo, mediante escrito de fecha 6 de setiembre de 2013, el CONSORCIO se desistió de su Quinta pretensión principal.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

Proyectos y Obras N° 032-2012-GPO de fecha 19. JUL.2012, y posteriormente ordenando su ejecución mediante Carta N° 157-2013-EGP-N de fecha 21.ENE.2013, y por consiguiente que el Tribunal Arbitral ordene a LA DEMANDADA el pago del costo real de las partidas ejecutadas, cuyo monto asciende a la suma de S/. 364,851.55, (trescientos Sesenta y Cuatro Mil Ochocientos Cincuenta y Un con 55/100 Nuevos Soles), más los intereses legales devengados desde la fecha de producido hasta la fecha de pago.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, el Tribunal Arbitral:

- a) Declare la Nulidad e Ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 117-2013-GG de fecha 22.FEB.2013, mediante la cual LA DEMANDADA, resuelve denegar la solicitud de ampliación de plazo N° 04 por 105 días calendario;
- b) Apruebe la solicitud de ampliación de plazo N° 04 por 105 días calendario, solicitada mediante Carta N° 0094-2013-CONS/HRG de fecha 05.FEB.2013, para la ejecución de obra y;
Ordene a LA DEMANDADA, cumpla con pagar a favor del CONTRATISTA los mayores gastos generales ascendentes a S/. 1'367,191.85 (Un Millón Trescientos Sesenta y Siete Mil Ciento Noventa y Uno con 85/100 Nuevos Soles), al que deberá añadirse los intereses legales a la fecha de pago.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, el Tribunal Arbitral ordene:

- a) Se deje sin efecto la aplicación del factor 0.79233, en el presupuesto adicional N° 01 (03) y se aplique en su reemplazo el factor 0.90.
- b) Se corrija la aplicación del factor 0.79233 en las valorizaciones de obras generales, por ser a suma alzada y se aplique en su reemplazo el factor 0.90.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, el Tribunal Arbitral ordene se deje sin efecto el Calendario de Avance de obra

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

valorizado actualizado (CAOVA), contractual, que incluye el presupuesto deductivo N° 02 y presupuesto deductivo N° 03, aprobado sin concordarlo con el Residente de Obra.

SEPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- *Que el Tribunal ordene a LA DEMANDADA, asumir el pago de los costos y costas del presente proceso arbitral”.*

4.2. **FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA**²:

Respecto a la Primera Pretensión

- 4.2.1. Por Carta N° 820-2011-CONS/HRG de fecha 15 de agosto de 2011, el CONSORCIO presentó la Valorización N° 05 (Final) por la elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico, reiterándola el 22 de marzo de 2012 mediante Carta N° 281-2012-CONS/HRG, en la cual se adjuntó la factura por la suma de S/. 448,945.18, siendo devuelta por no contar con la opinión favorable de la Unidad Evaluadora.
- 4.2.2. Tomando conocimiento de la opinión favorable de la Unidad Evaluadora, mediante Cartas N° 373-2012 y 374-2012-CONS/HRG de fecha 6 de junio de 2012 presentó nuevamente su Valorización N° 5 y la factura.
- 4.2.3. Sin embargo, por Carta N° 1685-2012-EGP-N de fecha 6 de julio de 2012, SEDAPAL remite la carta N° 010-2012-CORPEI/JS, elaborada por la Supervisión de Obra CORPEI S.A. (Supervisor) donde emiten una opinión técnica del pago de la valorización final y señala que al CONSORCIO se le debe aplicar una penalidad por la demora en la aprobación del estudio definitivo y expediente técnico, ascendente a S/. 263,078.22, lo cual motivó que la valorización sea reducida a S/. 39,501.83.
- 4.2.4. Señala que SEDAPAL y la Supervisora fundamentan la penalidad en un análisis general del numeral 6.6.5 de los Términos de Referencia; en la cual califican como de exclusiva responsabilidad del CONSORCIO la demora en el nuevo trámite del CIRA para el RP-02 y la línea de impulsión proyectada (Sector 374) que se inició el 19 de enero de 2012, precisando que no se habría tenido en cuenta el Memorando N° 462-2011-GPO.

² Teniendo en cuenta que en el desarrollo del arbitraje se han presentado desistimiento de algunas pretensiones, quedando finalmente únicamente para efecto de evaluación y pronunciamiento, las pretensiones primera y tercera, únicamente se abordaran de manera resumida los alcances principales de éstas.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

- 4.2.5. El CONSORCIO sostiene que, según la cláusula Segunda del CONTRATO, el plazo para elaborar el Estudio “no consideraba el periodo de revisión por parte de la Unidad Evaluadora”. Precisa que la Elaboración del Estudio se cumplió dentro del plazo contratado, subsanándose sus aspectos antes del 8 de agosto de 2011 como lo señala la conformidad anotada el 22 de agosto de 2011 en el asiento N° 122 del Supervisor en el Cuaderno de Proyecto, la misma que cuenta con Informe favorable de la Supervisión y del Coordinador de Obra.
- 4.2.6. Señala que la revisión por parte de la Unidad de Evaluación se desarrolló desde el 8 de agosto de 2011 hasta el 24 de mayo de 2012, fecha en la que con Carta N° 1373-2012-EGP-N se comunica que la OPI FONAFE (Unidad Evaluadora) ha procedido con la opinión favorable.
- 4.2.7. Asimismo, indica que la cláusula Duodécima señala que las penalidades serán aplicables solo en caso de retraso injustificado en la ejecución de la obra, resaltando el hecho de que la fórmula de la penalidad que usan no es aplicable a la etapa de elaboración de Estudio.
- 4.2.8. Esta cláusula estipula “otras penalidades” y se remite a un “Anexo 4, Tabla de Penalidades”, en la cual se establece un procedimiento de aplicación para el caso que no se cumpla con subsanar las observaciones en el plazo establecido, registradas en el cuaderno de proyectos, por lo que el CONSORCIO sostiene que la Supervisora no ha seguido el procedimiento de aplicación de penalidad. Es más, precisa que el 22 de agosto de 2011, dio la conformidad al Expediente Técnico elaborado por el Contratista y lo anotó en el asiento N° 122 en el Cuaderno de Proyectos.
- 4.2.9. Finalmente, señala que las gestiones extraordinarias ante el Ministerio de Cultura para solicitar un nuevo pronunciamiento de CIRA para el RP02, constituyen prestaciones adicionales; pues los Términos de Referencia no contemplan la existencia de evidencias de restos arqueológicos en esa zona involucrada, por lo que sostiene que no era parte de la determinación del Valor Referencial, calificándolo como vicios ocultos.

Respecto a la Tercera Pretensión

- 4.2.10. En los Términos de Referencia – Perfil se inicia como parte de las obligaciones contractuales la construcción de un Reservorio RP-01 de 3000 m³, de acuerdo a los planos E01 y E02 y las características técnicas; sin embargo, luego del recalcu de la resistencia de la estructura con las dimensiones y resistencia de los materiales indicados, el Proyectista realizó correcciones que fueron aprobadas

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

tanto por la Supervisión, como por SEDAPAL mediante Resolución de Gerencia de Proyecto y Obras N° 032-2012-GPO de fecha 19 de julio de 2012.

- 4.2.11. Con fecha 16 de agosto de 2011, el especialista en estructuras de la Supervisora emite el Informe N° 10-2011-VRCT/CORPEI/CARABAYLLO, opinando que debe mantenerse el diseño del espesor de muro de la cuba en 50cm, según diseño sustentado por el Proyectista, para garantizar la calidad del proyecto y los parámetros de agrietamiento máximo, y mediante Informe N° 12-2011-VRCT/CORPEI/CARABAYLLO de fecha 20 de septiembre de 2011, recomienda la aprobación del expediente técnico, dado que se ha completado y cumplido con los requerimientos exigidos en el Reglamento de Elaboración de Proyectos de SEDAPAL, así como sus especificaciones técnicas y el Reglamento Nacional de Edificaciones y Normas ACI.
- 4.2.12. Asimismo precisa que mediante Carta N° 060-2013- SAN PEDRO DE CARABAYLLO/CORPEI/JS de fecha 23 de enero de 2013, la Supervisión remitió copias de la Carta N° 105-2013-EGP-N de fecha 15 de enero de 2013 y de la Carta N° 157-2013-EGP-N de fecha 22 de enero de 2013 emitidas por SEDAPAL mediante las cuales solicitan ejecutar el Reservoirio proyectado RP-01 de 3000 m3 con las consideraciones indicadas en la Carta N° 157-2013-EGP-N.
- 4.2.13. Por lo tanto, el CONSORCIO señala que la solicitud de SEDAPAL de ejecutar el reservorio con las consideraciones señaladas en la Carta N° 157-2013-EGP-N y de acuerdo a los planos aprobados, constituye una prestación distinta a la que se obligó el CONSORCIO mediante el CONTRATO, por lo que sería evidente que para su ejecución se exija una contraprestación distinta a la pactada.
- 4.2.14. En vista de lo expuesto, el CONSORCIO alega que, mediante Carta N° 0072-2013-CONS/HRG de fecha 25 de enero de 2013, envió a la Supervisora una solicitud de presupuesto adicional y deductivo vinculante de obra N° 5 por los mayores costos resultantes considerados en el estudio definitivo que fuera aprobado mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 032-2012-GPO, relacionados con la variación en el diseño del Reservoirio RP-01.
- 4.2.15. Sin embargo, mediante Carta N° 334-2013-EGP-N de fecha 14 de enero de 2013, comunicaron la Resolución de Gerencia General N° 082-2013-GG de fecha 14 de febrero de 2013, por la cual se resolvió denegar el presupuesto adicional N° 5 por la suma de S/. 1'143,075.10 incluido IGV y el presupuesto deductivo vinculado N° 05, por la suma de S/. 778,224.10 incluido IGV.

Consortio Huarangal
Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima
Arbitraje de Derecho

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

- 4.2.16. El argumento de la denegatoria del presupuesto, se basa en el Informe N° 46-2013-EAL del Área de Asuntos Legales, incluido dentro de la Resolución N° 082-2013-GG, las cuales según el CONSORCIO no tendrían asidero legal y serían contradictorias entre si, ya que en el numeral 2, se precisa que debe ejecutarse con sujeción estricta a los planos y especificaciones técnicas, contenidas en el contrato, bajo responsabilidad del CONSORCIO.
- 4.2.17. Por lo tanto, el CONSORCIO concluye que ha cumplido con ejecutar los trabajos del reservorio proyecto RP-01 acorde con lo establecido en los planos que obran en el Expediente Técnico Definitivo, aprobado por SEDAPAL mediante Resolución de Gerencia de Proyecto y Obras N° 032-2012-GPO de fecha 19 de julio de 2012, trabajos valorizados en el presupuesto adicional N° 5, habiéndose generado mayores costos por la ejecución de estas partidas, aprobadas mediante Resolución y ordenadas mediante Carta N° 157-2013-EGP-N de fecha 21 de enero de 2013.
- 4.3. Mediante Resolución N° 1 de fecha 2 de mayo de 2013, el Tribunal otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para que cumpla con presentar los medios probatorios ofrecidos y resolvió mantener en custodia el escrito de demanda presentado por el CONSORCIO hasta que cumpla con presentar los medios probatorios ofrecidos.
- 4.4. Por escrito de fecha 15 de mayo de 2013, el CONSORCIO presentó los medios probatorios y anexos.
- 4.5. Mediante Resolución N° 3 de fecha 30 de mayo de 2013, el Tribunal otorgó al CONSORCIO un plazo adicional de tres (3) días hábiles para que cumpla con presentar los medios probatorios ofrecidos y resolvió mantener en custodia el escrito de demanda presentado por el CONSORCIO, así como el escrito de fecha 15 de mayo de 2013.
- 4.6. Por escrito de fecha 10 de junio de 2013, el CONSORCIO cumplió con presentar los medios probatorios requeridos.
- 4.7. Mediante Resolución N° 4 de fecha 11 de junio de 2013, el Tribunal admitió la demanda presentada por el CONSORCIO y tener por presentadas la prueba ofrecida en el numeral 7.1 al 7.3 de su escrito de demanda y en los numerales 7.1 al 8.10 del escrito de fecha 15 de mayo de 2013. Asimismo, el Tribunal corrió traslado a SEDAPAL con la demanda, para que en un plazo de quince (15) días cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción.

V. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA POR SEDAPAL

5.1 Por escrito de fecha 19 de julio de 2013, SEDAPAL contestó la demanda arbitral, señalando lo siguiente:

5.2. FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Respecto a la Primera Pretensión

5.2.1. El Tribunal no se puede pronunciar favorablemente sobre las pretensiones del CONSORCIO referidas a su Liquidación de Obras puesto que todavía no se ha presentado dicha liquidación, por estar en ejecución el CONTRATO suscrito entre SEDAPAL y el CONSORCIO.

5.2.2. Respecto a la Primera Pretensión, SEDAPAL señala que no sería válida su pretensión toda vez que en la citada valorización presentada por el CONSORCIO, no se consideró la aplicación de la penalidad correspondiente a la demora en la obtención del CIRA del RP-02. Asimismo, indica que en el expediente presentado se solicitó el pago correspondiente a los componentes Sistemas de Proyectos On Line y evaluación de restos arqueológicos.

5.2.3. Precisa que en la Carta N° 010-2012-CORPEI/JS de fecha 4 de julio de 2012, la Supervisión sustentó ampliamente el tema de la aplicación de la penalidad, es más señala que el CONSORCIO presentó el CIRA de RP-02 en coordenadas que difieren de la ubicación inicial del mismo – Perfil y Expediente Técnico, por ende un cambio en la ubicación del RP-02 del cual no se tiene informe sustentatorio alguno.

5.2.4. Además indicó que dicho Reservorio y obras para el Sector de Abastecimiento 374, están en proceso de reducción de meta, resaltando que era responsabilidad del CONSORCIO la Obtención de los CIRA's y según se desprende de los TDR, al término del Expediente Técnico el CIRA correspondiente al RP-02 no había sido obtenido, por lo cual corresponde la aplicación de una Penalidad.

Respecto a la Tercera Pretensión

5.2.5. SEDAPAL sostiene que si bien en el Expediente Técnico Definitivo se realizó un redimensionamiento, de la cuba y losa de fondo en virtud a ciertas consideraciones técnicas, se mantuvo el monto adjudicado para tal fin.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

- 5.2.6. Señala que el artículo 41° del Reglamento, contempla que esta modalidad solo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema de suma alzada y corresponde al postor formular una oferta técnica y económica que considere la totalidad de las actividades que involucraría la ejecución del contrato y, principalmente, un costo total y único por la ejecución de dichas actividades – en congruencia con el sistema de contratación a suma alzada. En otros términos, en estos procesos de selección, el CONSORCIO se encuentra obligado a proyectar y ejecutar la obra respetando las condiciones preestablecidas por SEDAPAL y los montos contractuales adjudicados.
- 5.2.7. SEDAPAL indica que durante la ejecución del CONTRATO no puede incorporarse modificaciones que alteren las condiciones que motivan la selección del proveedor, lo cual incluye aspectos fundamentales de la oferta, como el precio y las características técnicas. Lo contrario implicaría desvirtuar la finalidad de un proceso de selección, así como evidenciar una deficiente determinación del requerimiento, el cual se pretendería subsanar en una oportunidad que no corresponde, en clara transgresión de los Principios de Transparencia, Libre Competencia y Trato Justo e Igualitario de postores.
- 5.2.8. Para el desarrollo del Estudio Definitivo y la elaboración del Expediente Técnico Definitivo para ejecución de la obra, los Términos de Referencia no garantizaron un riesgo de incertidumbre nulo o prácticamente nulo durante el desarrollo del Estudio Definitivo contratado, motivándose incluso que en el Expediente Técnico de la obra, elaborado, surjan situaciones imprevisibles y variaciones de las condiciones contratadas, que merecieron la permanente verificación y control, de la Supervisión y del área de proyectos de SEDAPAL, y su correspondiente conformidad Técnica mediante la emisión de la respectiva Resolución aprobando el Expediente Técnico de la obra.
- 5.2.9. Señala además que es con el desarrollo del Estudio Definitivo, la evaluación y la aprobación de la totalidad del Proyecto realizado por SEDAPAL, se determinaría que el presupuesto estimado en los Términos de Referencia resultó insuficiente para la ejecución y culminación de la obra y que los diseños planteados por el CONSORCIO y aprobados por SEDAPAL, serían indispensables para cumplir con la finalidad del CONTRATO.
- 5.2.10. Precisa que la variación en el diseño estructural del reservorio RP-01, involucró el cambio del espesor del muro de 0.30m previsto en el Perfil y los Términos de Referencia, a 0.50m resultante en el diseño estructural del Expediente Técnico, lo que conllevaría un incremento de acero estructural en la armadura de los elementos que componen el citado Reservorio Proyectado.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

5.2.11. En ese sentido, SEDAPAL sostiene que dado que se ha indicado al CONSORCIO que la ejecución del reservorio apoyando RP-01 V-3000 m3 de acuerdo a los planos del Expediente Técnico Aprobado, los cuales consignan un espesor de cuba igual a 0.50m, se debe tomar en consideración los parámetros técnicos.

5.2.12. Del mismo modo, precisa que se debe diseñar el concreto del Reservorio Proyectado RP-01, respetando una Relación Agua/Cemento equivalente a 0.45, lo que conlleva a diseñar un concreto que posea una resistencia mínima equivalente a 280 kg/cm2, toda vez que según esta relación el concreto usado para la ejecución del Reservorio debe poseer una resistencia aproximada de 386 kg/cm2.

Asimismo, señala que debe emplear cemento tipo II para toda la estructura del Reservorio Proyecto RP-01, toda vez que el CONSORCIO no remitió la Información (ensayos físico – químico) que se precisa en la presentación de cambio de tipo de cemento de Tipo II por Tipo V.

5.3. Mediante Resolución N° 5 de fecha 22 de julio de 2013, el Tribunal otorgó a SEDAPAL un plazo de tres (3) días hábiles para que cumpla con presentar los medios probatorios ofrecidos y resolvió mantener en custodia el escrito de contestación de la demanda hasta que cumpla con subsanar los medios probatorios ofrecidos.

5.4. Por escrito de fecha 31 de julio de 2013, SEDAPAL subsanó la enumeración de los medios probatorios y anexos de su escrito de contestación de demanda.

5.5. Mediante Resolución N° 6 de fecha 1° de agosto de 2013, el Tribunal tuvo por contestada la demanda, y puso en conocimiento del CONSORCIO, los escritos presentados por SEDAPAL.

5.6. Mediante Resolución N° 7 de fecha 14 de agosto de 2013, el Tribunal resolvió suspender las actuaciones durante el plazo de diez (10) días hábiles a efectos de que el CONSORCIO cumpla con pagar los gastos arbitrales correspondientes, bajo apercibimiento de archivar definitivamente el arbitraje.

5.7. Por escrito de fecha 23 de agosto de 2013, el CONSORCIO se desistió de la Segunda, Cuarta y Sexta Pretensión, dado que SEDAPAL mediante Resolución de Gerencia General N° 528-2013-GG de fecha 07 de junio de 2013 aprobó la ampliación de plazo N° 06 por 125 días calendario, desplazando el vencimiento del plazo de la obra del 10 de abril del 2013 al 13 de agosto de 2013, por la ejecución de trabajos adicionales. Asimismo, mediante escrito de fecha 6 de setiembre de 2013, el CONSORCIO se desistió de su Quinta pretensión principal.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

- 5.8. Mediante Resolución N° 8 de fecha 9 de septiembre de 2013, el Tribunal levantó la suspensión de las actuaciones arbitrales y corrió traslado a SEDAPAL de los escritos de desistimiento presentado por el CONSORCIO el 23 de agosto y 6 de septiembre de 2013, a efectos de que en un plazo de cinco (5) días hábiles manifieste lo conveniente a su derecho.
- 5.9. Por escrito de fecha 20 de septiembre de 2013, SEDAPAL absolvió el traslado de la Resolución N° 8 y solicitó al Tribunal se emita la resolución correspondiente aprobando los consecutivos desistimientos de las pretensiones efectuadas por la demandante.
- 5.10. Mediante Resolución N° 9 de fecha 4 de octubre de 2013, el Tribunal tuvo presente el escrito presentado por SEDAPAL el 20 de septiembre y, en consecuencia, tuvo por desistidas la segunda, cuarta, quinta y sexta pretensión principal de la demanda presentada por el CONSORCIO, ordenando a la Secretaría realizar una nueva liquidación de la demanda.

VI. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 6.1. Mediante Resolución N° 10 de fecha 25 de octubre de 2013, se citó a las partes a la Audiencia de Determinación de Cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral para el día 13 de noviembre de 2013 a las 16:00 horas.
- 6.2. El 13 de noviembre de 2013 se realizó la Audiencia de Determinación de cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral, con la asistencia de los miembros del Tribunal Arbitral, el doctor Juan Carlos Recra Zegarra en representación del CONSORCIO, y de la doctora Eliana Rocío Tarazona Lucar en representación de SEDAPAL.

En esta audiencia se realizaron los siguientes actos:

- 6.2.1 **PUNTOS CONTROVERTIDOS:** El Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta las propuestas presentadas por ambas partes, procedió a fijar las los siguientes puntos controvertidos:

- *Si corresponde que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la Carta N° 1685-2012-EGP-N de fecha 6 de julio de 2012, que ordena la aplicación de penalidad en la Valorización N° 5 (Final) por la Elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico y ordene a la demandada cumpla con pagar el importe ascendente a S/.*

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

323,252.85 más los intereses legales desde la presentación de la valorización hasta la fecha efectiva de pago.

- Si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la demandada pagar a favor del demandante la suma ascendente a S/.364,851.55 más los intereses legales devengados desde la fecha de producción hasta la fecha de pago, que corresponderían al costo real de las partidas ejecutadas por orden de la Carta N° 157-2013-EGP-N de la fecha 21 de enero de 2013.*
- Si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a alguna de las partes al pago de costos y costas derivados del presente arbitraje.*

6.2.2 **ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:** El Tribunal Arbitral procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 42° del Reglamento de Arbitraje del Centro.

De la parte demandante: Se admitieron en calidad de medios probatorios, los documentos ofrecidos por el CONSORCIO en el Acápite 7 de su escrito de demanda de fecha 30 de abril de 2013; así como los documentos ofrecidos en el escrito presentado el 15 de mayo de 2013.

De la parte demandada: Se admitieron en calidad de medios probatorios, los documentos ofrecidos por SEDAPAL en el Acápite 5 del escrito de contestación de fecha 19 de julio de 2013, así como los documentos ofrecidos en el escrito presentado el 31 de octubre de 2013.

VII. ALEGATOS FINALES Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

- 7.1 Mediante Resolución N° 11 de fecha 6 de diciembre de 2013, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que presenten sus alegatos y conclusiones finales por escrito y soliciten el uso de la palabra de considerarlo conveniente.
- 7.2 Por escrito de fecha 26 de diciembre de 2013, SEDAPAL presentó sus alegatos y conclusiones finales por escrito y solicitó el uso de la palabra.
- 7.3 Mediante Resolución N° 12 de fecha 2 de enero de 2014, el Tribunal tuvo presente el escrito presentado por SEDAPAL el 26 de diciembre de 2013, con conocimiento de la contraparte. Asimismo, citó a las partes a Audiencia de Informes Orales el día 22 de enero de 2014, a las 16:00 horas.

**Consortio Huarangal
Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima
Arbitraje de Derecho**

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

- 7.4. Mediante Resolución N° 13 de fecha 27 de enero de 2014, se reprogramó la Audiencia de Informes Orales y se citó a las partes para el 13 de febrero de 2014, a las 18:00 horas.
- 7.5. Por escrito de fecha 6 de marzo de 2014, el CONSORCIO presentó los medios probatorios ofrecidos en el escrito presentado el 13 de febrero de 2014, el cual fue proveído mediante Resolución N° 15 y ante lo cual SEDAPAL presentó un escrito con fecha 03 de abril de 2014 (al cual adjunta la Carta N° 029-2014-HCS de su Asesor Técnico Externo, Ing. Héctor Campos Sotelo).
- 7.6. Por escrito de fecha 3 de abril de 2014, SEDAPAL absolvió el traslado conferido en su Resolución N° 15.
- 7.7. Mediante Resolución N° 16, el Tribunal tuvo presente lo expuesto en el escrito presentado por SEDAPAL el 3 de abril de 2014. Asimismo, declaró el cierre de instrucción y, en consecuencia, fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles, prorrogables por quince (15) días adicionales.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

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

- i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, al cual las partes se sometieron de manera incondicional en la cláusula Décimo Séptima del CONTRATO;
- ii) Que, en ningún momento se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, ni se impugnó o reclamó alguna de las disposiciones de procedimiento establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral;
- iii) Que, el CONSORCIO presentó su demanda arbitral, dentro del plazo establecido;
- iv) Que, SEDAPAL fue debidamente emplazada con el escrito de demanda arbitral, ejerciendo su derecho de defensa presentando su escrito de contestación de la demanda y formulando reconvención;
- v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, los cuales fueron objeto de actuación por parte del Tribunal Arbitral, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y,
- vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo establecido.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

Asimismo, el Tribunal Arbitral considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Estos medios probatorios han sido valorados de manera conjunta, utilizando nuestra apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada, de conformidad con lo establecido en el artículo 42° de la Ley de Arbitraje, que confiere a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, siempre que la valorización se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.

El Tribunal Arbitral deja constancia de que en el estudio, análisis y deliberación han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones de las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valorización en conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o una prueba, no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión.

Siendo este el estado de las cosas, se procede a laudar dentro de plazo establecido.

II. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

1. Con el propósito de atender a cada una de las pretensiones suscitadas en el presente proceso, este Tribunal Arbitral considera pertinente referirse previamente al marco legal aplicable a las controversias materia del presente proceso arbitral.

Para ello, debemos remitirnos a lo establecido en la cláusula Sexta del CONTRATO, la cual señala lo siguiente:

Cláusula Sexta: Marco Legal del Contrato

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

2. Asimismo, el numeral 52.3 del artículo 52° de la Ley de Contrataciones con el Estado³, en adelante, LCE) señala que:

³ Aprobado por el Decreto Legislativo 1017, el cual fue modificado mediante la Ley N° 29873.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

"52.3 El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y la de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo".
(El subrayado es nuestro)

3. Complementando lo señalado, debemos tener en cuenta lo dispuesto en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, en el cual se establece lo siguiente:

Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil.-

"Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza". (El subrayado es nuestro)

4. En consecuencia, de lo establecido en las normas antes citadas, el Tribunal entiende que la base legal para evaluar las pretensiones del presente proceso, está constituida por lo estipulado en el CONTRATO⁴, la Constitución Política del Perú, en la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RLCE), normas de derecho público y supletoriamente, lo dispuesto en el Código Civil y demás normas de derecho privado concordantes y compatibles con la naturaleza.

Teniendo ello en cuenta el marco normativo aplicable al presente caso, pasaremos a analizar cada uno de los puntos controvertidos precisados anteriormente.

III. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

- III.1. Respecto del Punto Controvertido: "Si corresponde que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la Carta N° 1685-2012-EGP-N de fecha 6 de julio de 2012, que ordena la aplicación de penalidad en la Valorización N° 5 (Final) por la Elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico y ordene a la demandada cumpla con pagar el importe ascendente a S/. 323,252.85 más los intereses legales desde la presentación de la valorización hasta la fecha efectiva de pago." (Relacionado a la Primera Pretensión de la Demanda)**

⁴ De acuerdo a lo señalado en la cláusula Quinta del CONTRATO, éste está conformado por las Bases Integradas, la oferta técnica y económica ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Posición del CONSORCIO a lo largo de su demanda, sus escritos y exposiciones en el curso del arbitraje:

1. El CONSORCIO ha señalado que mediante Carta N° 0820-2011-CONS/HRG de fecha 15.08.11 presentó la Valorización N° 05 del mes de julio de 2011, correspondiente al Estudio Definitivo del Proyecto *"Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado del Esquema San Pedro de Carabayllo"*.
2. El pago de dicha valorización es reiterado con fechas 22.03, 27.04 y 06.06 del 2012; sin embargo, la factura les fue devuelta por no contar con la opinión favorable de la Unidad Evaluadora.
3. El CONSORCIO ha manifestado que en los 310 días de trámite de pago de la Valorización N° 05, SEDAPAL no les comunicó sobre la supuesta infracción cometida, ni mucho menos les otorgó un plazo perentorio de 24 horas para la respectiva subsanación, indicando además que, la señalada valorización contaba con la conformidad de la Supervisión lo que a criterio del CONSORCIO los relevaría de cualquier imputación de infracción.
4. Siendo así, con fecha 06.07.12, el CONSORCIO señala que mediante Carta N° 1685-2012-EGP-N, SEDAPAL les remitió el Informe N° 010-2012-CORPEI/JS, en el cual se detalla la aplicación de la penalidad en el pago de la valorización final por la Elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico basándose en un análisis general del numeral 6.6.5 de los Términos de Referencia, procediendo a calificar como de su exclusiva responsabilidad la demora ocurrida en el nuevo trámite del CIRA para el RP-02 y la línea de impulsión proyectada (Sector 374), que se inició el 19.01.12.
5. Manifiesta el CONSORCIO que la aplicación de la penalidad no está prevista ni en los Términos de Referencia, ni en las Bases, ni mucho menos en el CONTRATO, constituyéndose por tanto en ilegal.
6. Así también expresa el CONSORCIO, que las gestiones extraordinarias ante el Ministerio de Cultura para propiciar un nuevo pronunciamiento de CIRA para el RP-02 constituyen prestaciones adicionales pues los Términos de Referencia no contemplaron la existencia de evidencias de restos arqueológicos en esa zona involucrada; razón por la cual dichas prestaciones motivaron además de las gestiones ordinarias cumplidas incluso para el RP-02, trámites extraordinarios ante el Ministerio de Cultura, luego de vencido el plazo, fuera de las obligaciones contractuales con el único afán de coadyuvar a una solución.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

Posición de SEDAPAL a lo largo de su contestación de demanda, sus escritos y sus exposiciones en el curso del arbitraje:

8. SEDAPAL señala que en la Valorización N° 05 cuyo pago es reclamado por parte del CONSORCIO no se ha considerado la aplicación de la penalidad correspondiente a la demora en la obtención del CIRA del RP-02. Asimismo indica que mediante Carta N° 010-2012-CORPE/JS de fecha 04.07.12 la Supervisión sustenta ampliamente el tema de la aplicación de la penalidad, más aun si el CONSORCIO presenta el CIRA del RP-02 en coordenadas que difieren de la ubicación inicial del mismo –Perfil y Expediente Técnico, por ende un cambio en la ubicación del RP-02, del cual no se tiene informe sustentatorio alguno.
9. También indica SEDAPAL que a efectos del recalcule de la penalidad, se tomó en consideración la Opinión N° 073-2012 del OSCE, la cual señala lo siguiente:

“Efectuadas las precisiones anteriores, debe indicarse que el artículo 165° del Reglamento ha previsto la aplicación de una penalidad por mora al Contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones a su cargo”.
10. En el mismo sentido, SEDAPAL manifiesta que en el primer párrafo del artículo 165° del RLCE se señala que:

“En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al Contratista una penalidad por cada día de retraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse”.
11. Además indica la demandada que el CONSORCIO a la fecha de la contestación de la demanda no ha entregado un sustento adecuado sobre la reubicación del RP-02 respecto a sus coordenadas originales. Señala también que dicho Reservorio y obras para el Sector de Abastecimiento 374, están en proceso de reducción de meta.
12. Indica SEDAPAL que el CONSORCIO era responsable de la obtención de los CIRA's según se desprende de los Términos de Referencia (TDR), siendo que al término del Expediente Técnico el CIRA correspondiente al RP-02 no había sido obtenido por lo cual corresponde la aplicación de una penalidad.



**Consortio Huarangal
Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima
Arbitraje de Derecho**

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

13. Posteriormente en la Audiencia de Informes Orales de fecha 13.02.14, indicó que la obligación de presentar el CIRA, así como de realizar todos los trámites necesarios respecto a los Sitios y Evidencias Arqueológicas se sustenta en el numeral 6.6.5 de los Términos de Referencia que señala como una de las obligaciones del CONSORCIO la elaboración del estudio de evaluación arqueológica en sus modalidades que correspondan, ello como parte del desarrollo del expediente de saneamiento físico legal, señalándose además que como producto de la indicada evaluación el INC puede solicitar previo al CIRA, la elaboración de un Proyecto de Rescate Arqueológico de las áreas comprometidas, encontrándose la CONSORCIO en este caso en la obligación de elaborar el Proyecto de Rescate Arqueológico, presentarlo ante el INC y lograr su aprobación, lo cual debe formar parte del Expediente Técnico en función del cual debe ejecutarse la obra.

Análisis del Tribunal:

14. El Tribunal advierte que resulta claro que la penalidad en discusión se ha impuesto esencialmente por la demora en la obtención de los CIRA, y en especial del que corresponde al RP-02.⁵

⁵ El Contratista con fecha 15.08.11 y mediante Carta N° 0820-2011-CONS/HRG remitió a la Entidad la Valorización N° 05 en la cual señala que con fecha 04.08.11 se presentó el levantamiento de observaciones del Informe Final de Elaboración del Estudio Definitivo: "Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado del Esquema San Pedro de Carabaylo-Distrito de Carabaylo". Bajo este hecho, el Contratista argumenta que dentro del plazo estipulado presentó la documentación acordada, quedando por tanto a cargo de la Entidad la verificación del contenido de dicha documentación a fin de determinar si el Contratista cumplió con su obligación.

La Entidad mediante Carta 1685-2012-EGP-N de fecha 06.07.12, comunica al Contratista su decisión de aplicar penalidad en el pago de la Valorización N° 05, adjuntando para ello la Carta N° 010-2012-CORPEI/JS remitida a la demandada por la Supervisión, en la cual se recomienda la aplicación de la penalidad de S/. 263,078.22 toda vez que a la fecha de remisión de la señalada carta el Contratista no habría culminado los trámites para la obtención del Certificado de Inexistencia Arqueológica (en adelante CIRA) del reservorio RP-02 y el Sector 374, lo que hace imposible emitir la resolución de aprobación del expediente técnico por parte de la Entidad.

Asimismo, el Contratista ha señalado que la Supervisión mediante Carta N° 112-2011-SAN PEDRO DE CARABAYLLO/CORPEI/JS de fecha 05.09.11, informa a la Entidad la conformidad del Estudio Definitivo y recomienda la aprobación del estudio definitivo y expediente técnico, luego que el Contratista proceda al levantamiento de las siguientes observaciones:

- Aprobación por parte de la Dirección Nacional de Saneamiento, del Estudio de Impacto Ambiental.
- Obtención del CIRA de los 4 Expedientes formulados ante el Ministerio de Cultura, o en su defecto elabore los Expedientes de Rescate arqueológico según lo disponga dicho Ministerio, para su entrega a SEDAPAL.
- Culminar las coordinaciones con el Esquema Lomas de Carabaylo en base a la reunión del 31.08.12

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

15. En relación con ello, existen algunos hechos relevantes que el Tribunal considera necesario tener en cuenta:

- El CONTRATO celebrado contempla tres grandes etapas y plazos para cada una de ellas:
 - * Elaboración de Estudio Definitivo y Expediente Técnico: 150 días
 - * Ejecución de Obra: 210 días
 - * Post Evaluación 30 días
- De acuerdo con lo establecido en el CONTRATO, está claro que el inicio contractual fue el 12.03.2011 y los 150 días primigenios vencieron el 10.08.2011.
- Se aprecia de la documentación obrante que el CONSORCIO inició los trámites para la obtención del CIRA del RP-02 mediante Carta N° 0444-2011-CONS/HRG del 05.05.2011 (esto es, dentro de los 150 primeros días).
- El Ministerio de Cultura mediante Oficio N° 446-2011-DA-DGPC del 04.07.2011 y mediante Oficio N° 0782-2011-DA-DGPC del 21.07.2011, solicita al CONSORCIO que previo al CIRA era necesario realizar un Proyecto de Evaluación Arqueológica (PEA); estos oficios son anteriores a la culminación de los 150 días iniciales⁶.
- El CONSORCIO, presenta su Expediente Técnico y los Estudios Definitivos en plazo (dentro de los 150 días), pero sin el CIRA y sin acreditar que hubiese cumplido con efectuar el PEA que le había solicitado el Ministerio de Cultura de manera previa.
- La Supervisión hace notar tanto en anotaciones en cuaderno de proyectos como en cartas, que no se contaba con los CIRA's. Ello se concluye, entre otros, de los asientos 108 del 01.08.2011, 122 del 22.08.2011 y de la Carta N° 112-2011-SAN PEDRO DE CARABAYLLO/CORPEI/JS de fecha 05.09.11.
- Sin embargo, recién es en el mes de enero del 2012 cuando mediante Carta N° 036-2012-CONS/HRG del 19.01.2012 (es decir, más de 6 meses

⁶ Así consta de la Carta N° 010-2012-CORPEI/JS del 04 de julio de 2012, extremos que no han sido negados ni contradichos por el Contratista.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

después de haber sido requerido por el Ministerio de Cultura) que presenta al Ministerio de Cultura el Proyecto de Evaluación Arqueológica.

- Mediante Carta 1095-2012-EGP-N del 23.04.2012, SEDAPAL solicita al CONSORCIO le informe respecto de la aprobación del PEA que había presentado sobre el RP 02.
 - Mediante Carta del 22.05.2012, el CONSORCIO presenta el Informe Final del Proyecto de Evaluación Arqueológica para el RP 02.
16. Así las cosas lo que corresponde determinar a efecto de evaluar este punto controvertido, es:
- Si conforme al contrato celebrado era una obligación del CONSORCIO la obtención del CIRA del reservorio RP-02, o hacer las gestiones necesarias para la obtención del mismo.
 - Si la respuesta fuese afirmativa, determinar si dicho CIRA debía formar parte del Expediente Técnico y Estudio Definitivo, es decir, en qué oportunidad debía efectuarse ello.
 - Si la respuesta anterior fuese afirmativa, determinar si el CONSORCIO ha sustentado debidamente la demora en la presentación de dicho documento o en las gestiones necesarias para su obtención.
 - Si la respuesta anterior, fuese negativa (es decir, que no se advierte una causa justificada para el retraso), determinar si corresponde o no imponer la penalidad.
17. En este orden de ideas, toda vez que la controversia surge a partir de determinar si la obtención del CIRA representa una obligación del CONSORCIO que debió ser incluida en la entrega del Estudio Definitivo y Expediente Técnico como lo señala SEDAPAL, o si por el contrario dicho documento constituye un documento adicional o complementario y por tanto no esencial y de obligatoria presentación por parte del CONSORCIO, el colegiado procederá a analizar y determinar dicho punto.
18. El CONSORCIO ha manifestado que en el numeral 8.5 de los Términos de Referencia (TDR) se señalan los documentos que debe contener el Expediente Técnico, y no se señala específicamente el CIRA como requisito de aprobación de dicho expediente, siendo los señalados:

- Memoria descriptiva de las obras generales a ejecutar

Consortio Huarangal
Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima
Arbitraje de Derecho

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

- Relación de Planos de AutocAD 2000i
 - Metrados
 - Valor Referencial (Presupuesto)
 - Análisis de precios unitarios de partidas y sub partidas.
 - Fórmulas Polinómicas
 - Cronograma general de actividades
 - Cronograma de ejecución de obras
 - Cronograma de desembolso
 - Relación detallada de Insumos
 - Especificaciones técnicas propias de la obra
 - Catálogos de materiales y equipos
 - Especificaciones de Seguridad e Higiene Ocupacional para la Obra
 - Estudio de Impacto Ambiental
 - Estudio de suelos
 - Documentos de libre disponibilidad de los terrenos y permisos municipales
 - Desagregado de gastos generales
19. Sin embargo, el CONSORCIO no ha considerado que en el mismo numeral se señalan los *"documentos de libre disponibilidad de los terrenos y permisos municipales"*, es decir los documentos que permitan contar con un área de trabajo totalmente saneada lo que lógicamente incluye como documento necesario para ello al CIRA, toda vez que sin contar con dicho documento cabría la posibilidad de existencia de restos arqueológicos en el área destinada a los trabajos contratados y por tanto, resultaría imposible su ejecución.
20. En el mismo sentido, el numeral 6.6.5 de los Términos de Referencia respecto a los Sitios y Evidencias Arqueológicas establece que:

"(...)

Para el trámite del CIRA ante el INC, la Contratista debe presentar varios expedientes (carpetas de trámite) teniendo en cuenta que para las líneas proyectadas (conducción, aducción, colectores y redes) no deben pasar más de 5km (longitud acumulada) y en cuanto a las Áreas donde se proyecten infraestructuras hidráulicas (reservorios, cámaras, etc.) no debe pasar más de 5 Hectáreas (área acumulada)

"(...)

Todos los costos que demande el trámite y gestiones por concepto de Sitios y Evidencias Arqueológicas serán cubiertos íntegramente por la Contratista. Respecto a la Expedición del CIRA (Certificación de Inexistencia de Restos Arqueológicos), las Gestiones y Trámites serán

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

realizados por la Contratista, correspondiendo a SEDAPAL efectuar el pago al INC por dicho concepto”.

21. De lo señalado en los TDR queda evidenciado no sólo que era el CONSORCIO quien debía realizar todos los trámites necesarios para la obtención del CIRA, quedando a cargo de SEDAPAL únicamente el pago que demanden dichos trámites, sino que además éste debía ser presentado dentro del Expediente Técnico y Estudio Definitivo por ser un documento esencial en el saneamiento del terreno o área en la cual se ejecutaría la obra contratada.

En este sentido, queda claro en el caso que nos ocupa que el CONSORCIO inició los trámites para la obtención de CIRA del RP-02 mediante Carta N° 044-2011-CONSHRG del 05.05.2011, esto es, dentro del plazo de 150 días que tenía.

22. En el mismo sentido, el colegiado debe manifestar que en relación a la necesidad de contar con el CIRA previo a la ejecución de los trabajos contratados, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante OSCE) ha emitido el Pronunciamiento N° 420-2011/DTN que indica lo siguiente:

“(…)

En principio, cabe indicar que el artículo 3° del Decreto Supremo N° 004-2009-ED que “Establece plazos para la elaboración y aprobación de los proyectos de evaluación arqueológica y de la certificación de inexistencia de restos arqueológicos”, modificado por Decreto Supremo N° 009-2009-ED, establece en el artículo 3 que el plazo para expedir el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA) para el desarrollo de proyectos de inversión u obras públicas y privadas no será mayor de diez (10) días calendario contados desde la fecha de presentación de la solicitud en la dependencia competente del Instituto Nacional de Cultura. Transcurrido dicho plazo sin que exista un pronunciamiento de la entidad, el titular del proyecto queda autorizado a iniciar las obras y actividades, sin perjuicio de los demás títulos habilitantes que sean aplicables de acuerdo al Sector correspondiente.

Al respecto, en la Directiva N° 001-2010/MC, aprobada por Resolución Ministerial N° 012-2010-MC, se establece que los informes finales de los proyectos de evaluación arqueológica autorizados, en su momento, por el Instituto Nacional de Cultura o por el Ministerio de Cultura, serán presentados y tramitados en la Sede Central del mismo. Una vez aprobado el informe final mediante la Resolución Viceministerial correspondiente, el administrado podrá solicitar la expedición del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), debiendo presentar el respectivo Plan de Monitoreo, previa a la ejecución de la obra.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

En el artículo 9° de la indicada Directiva se menciona que para Proyectos de Inversión Pública, así como para los declarados de necesidad nacional y/o ejecución prioritaria, será necesario la expedición del CIRA, el mismo que se emitirá una vez efectuada la supervisión respectiva y la presentación del plan de monitoreo arqueológico.

Respecto al CIRA, debe mencionarse que de acuerdo a la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, Ley N° 28296, y el Reglamento de Investigaciones Arqueológicas, Resolución Suprema N° 004-2000-ED, es un documento mediante el cual el Ministerio de Cultura se pronuncia oficial y técnicamente en relación al contenido o no de vestigios arqueológicos en un terreno.

De las normas glosadas puede apreciarse que resulta prioritario generar un entorno favorable para la ejecución de obra, de forma tal que se minimicen los riesgos en la conservación de algún resto arqueológico, siendo prioritario que esta verificación sea efectuada de manera anterior a la obra. Esta finalidad se cumplirá con el CIRA, por cuanto a través de dicho documento se conocerá si existe o no vestigios arqueológicos, resultando razonable, para que se logre con dicha finalidad, que sea obtenida antes de la ejecución de la obra, conforme se ha señalado. (...)" (El subrayado es nuestro)

23. El Pronunciamiento del OSCE claramente manifiesta que debido a la finalidad e importancia del CIRA, el cual permitirá no solo conocer si existen vestigios arqueológicos en el terreno en el que se pretende ejecutar la obra, sino además contar con un terreno saneado y por tanto, de libre disponibilidad conforme a lo señalando en el numeral 8.5 de los Términos de Referencia, éste debe ser emitido antes de la ejecución de los trabajos a realizarse.
24. En consecuencia, es claro a este Tribunal que sí era obligación del CONSORCIO la obtención del CIRA y ello implica realizar oportunamente las gestiones necesarias para la obtención del mismo. Asimismo es claro para este Tribunal, que dicho CIRA debía ser presentado dentro del Expediente Técnico y Estudio Definitivo.
25. Respecto a que SEDAPAL no comunicó al CONSORCIO la falta de dicho documento dentro del Expediente Técnico y los Estudios Definitivos, y por tanto no requirió su subsanación con anterioridad a la aplicación de la penalidad, este Tribunal debe manifestar que ni el Contrato ni la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento han previsto el supuesto en caso ello ocurra. Sin embargo, de acuerdo a los actuados, la penalidad aplicada por SEDAPAL al CONSORCIO tiene como fundamento el considerar que éste tuvo un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del CONTRATO, razón por la cual la demandada ha señalado que la penalidad le fue impuesta en conformidad con el

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

artículo 165° del RLCE:

“En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al Contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse(...).”

26. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que si bien podría ser cuestionable la penalización por la no obtención del CIRA, en la medida que éste documento finalmente no es uno que sea elaborado por el CONSORCIO sino que corresponde ser emitido por un tercero (más aún si el propio SEDAPAL finalmente redujo la meta del RP-02 y del Sector 374, por la no obtención del CIRA), lo que sí es necesario analizar son las acciones que realizó el CONSORCIO para gestionar la obtención de dicho documento, y de advertirse que existió un retraso que no se encuentre justificado en ello entonces corresponderá aplicar la penalidad respectiva.
27. En este contexto, el Tribunal ha advertido que si bien el CONSORCIO inició los trámites para la obtención del CIRA del RP-02 mediante Carta N° 0444-2011-CONS/HRG del 05.05.2011 (esto es, dentro de los 150 días); también es cierto que el Ministerio de Cultura mediante Oficio N° 446-2011-DA-DGPC y Oficio 0782-2011-DA-DGPC de fechas, 04 y 21 de julio de 2011, respectivamente, le solicitó que previamente era necesario que presente un PEA. De los documentos aportados, este colegiado no aprecia que el CONSORCIO hubiese efectuado acción alguna, sino recién hasta el 19.01.2012 en que mediante Carta N° 036-2012-CONS/HRG presenta el PEA requerido, y luego de haber sido requerido por SEDAPAL a efecto que informe sobre el estado de dicho Proyecto, es que mediante Carta del 22.05.2012 presenta el Informe Final del PEA.
28. Así las cosas, el Tribunal considera que existe un retraso no justificado por parte del CONSORCIO en el cumplimiento de la obligación a su cargo, en este caso, para haber presentado el PEA que le fuera requerido por el Ministerio de Cultura desde el mes de julio de 2011, como requisito previo al trámite para el CIRA del RP-02. Asimismo, se no se aprecia que el CONSORCIO haya solicitado alguna ampliación de plazo para cumplir con dicha obligación, ni tampoco una justificación debida presentada oportunamente ante SEDAPAL que ampare dicho retraso⁷.

⁷ En la Opinión N° 005-2014/DTN del OSCE se precisó que el retraso será injustificado cuando el Contratista no haya cumplido con solicitar la ampliación del plazo o cuando habiéndolo solicitado no haya sido aprobado, al señalar lo siguiente: “2.1.2 En relación con lo anterior, debe precisarse que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, será injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo”

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

Merece señalar en este contexto, que si bien de la revisión de la Carta N° 029-2014-HCS del Asesor Técnico Externo de SEDAPAL (Ing. Campos Sotelo), que se adjunta a su escrito del 03 de abril de 2014, se aprecia que éste señala (en su pág. 12) que existiría una aparente contradicción entre el hecho que SEDAPAL pretenda imponer una penalidad por la no obtención del CIRA (del RP-02 y del Sector 374) y posteriormente haya decidido (mediante Resolución N° 681-2013-GG de 08.08.2013) aprobar una reducción de meta por no contarse con el referido CIRA; también es cierto que: (i) en dicha Carta el propio asesor técnico señala que este hecho merece un análisis legal a efecto de determinar si la reducción de la meta conlleva un efecto sobre la aplicación de la penalidad, por lo que no puede afirmarse que haya tomado una posición sobre el particular; y (ii) de la evaluación hecha por el Tribunal a la luz de los medios probatorios aportados al caso, se aprecia, tal como se ha indicado en los párrafos precedentes, que la penalidad no se impone por la no obtención del CIRA, sino por la demora en las gestiones para poder contar o no con dicho documento.

29. Dicho esto, corresponde entonces analizar si en el presente caso, corresponde o no aplicar penalidad. A tal efecto es de tener en cuenta que, la cláusula Décimo Segunda del CONTRATO señala que: *"en caso de retraso injustificado del CONTRATISTA en la ejecución de la obra, aquél se hará acreedor de una penalidad de (...)".*
30. De acuerdo a ello, cabría preguntarse: ¿cómo debe entenderse el término "retraso injustificado en la ejecución de la obra"?, es decir, puede señalarse que las partes acordaron penalizar sólo retrasos en la etapa de ejecución, o en realidad el término "ejecución de la obra", debe ser entendido como retrasos en la ejecución de las prestaciones del contrato.
31. Sobre este extremo, el Tribunal considera que debe tenerse en cuenta lo siguiente:
- Dado el marco normativo al cual se sujeta el CONTRATO, la penalidad establecida en la cláusula Décimo Segunda corresponde ser leída en concordancia con la penalidad regulada en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contratación del Estado.
 - No obstante, aún en el supuesto que se considere como una regulación distinta, es de tener en cuenta que se aplicará supletoriamente lo señalado en el CONTRATO, lo establecido en el artículo 165° del Reglamento citado.

contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobado por no verificarse ninguna de las causales previstas en el Reglamento: artículo 175 para el caso de bienes y servicios, y artículo 200 para el caso de obras".

Consorcio Huarangal
Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima
Arbitraje de Derecho

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

- Empero, además resulta que si se lee con detenimiento los TDR del CONTRATO⁸ se aprecia en su numeral 9 relativo a los plazos de ejecución para las 3 etapas del servicio, que se señala expresamente que: *"En el Tomo II, Cronogramas, se adjunta la programación de la Ejecución del Expediente Técnico y ejecución de las Obras Generales y Secundarias que será la línea de base para la implementación, así como para la supervisión de los trabajos correspondientes, al cual el Contratista deberá ceñirse, a fin de cumplir con los plazos y las fechas indicadas, cuyo incumplimiento estará sujeto a penalidades correspondientes"*. Es decir, advierte que las penalidades se aplican respecto de retrasos en cualquiera de las etapas.

32. En tal sentido, corresponde aplicar la penalidad, la cual en el caso que nos ocupa se encuentra limitada al 10% del monto contractual en lo que corresponde a la etapa de Estudios Definitivos y Expediente Técnico. Específicamente, sobre esto último, el Tribunal advierte que en el presente caso la Carta N° 1685-2012-EGP-N de fecha 6 de julio de 2012 que comunica la imposición de la penalidad adjunta la Carta N° 010-2012-CORPEI/JS que se determinó en la suma de S/. 263,078.22; sin embargo, posteriormente mediante la Carta N° 081-2013-SAN PEDRO DE CARABAYLLO/CORPEI/JS de 27.01.2013 remitida a SEDAPAL por la Supervisión, se rectificó el presupuesto principal del Estudio Definitivo indicándose que:

"En la Hoja del Presupuesto Principal del Estudio Definitivo, se ha consignado erróneamente el monto del Contrato S/. 2'474,938.98 (...), tal y como se señalara en el numeral anterior, se ha señalado un monto grabado con un IGV equivalente a 19%, Solicitamos rectificar este dato, es decir colocar el monto de S/. 2'454,414.03 (...)".

33. En ese sentido, siendo que el monto del CONTRATO referido al Estudio Definitivo y Expediente Técnico asciende a S/. 2'454,414.03, la penalidad máxima que debe calcularse alcanza a la cifra de S/. 245,441.03.⁹
34. En consecuencia, este Tribunal considera que corresponde aplicar la penalidad señalada en el anterior numeral, con lo cual se concluye que la penalidad impuesta por SEDAPAL resulta siendo válida y por tanto, se debe declarar INFUNDADA la pretensión del CONSORCIO.

III.2. Respecto del Punto Controvertido relacionado a: "Si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la demandada pagar a favor del demandante la suma ascendente a S/.364,851.55 más los intereses legales devengados desde la fecha de producción hasta la fecha de pago, que corresponderían al costo

⁸ Conforme a la cláusula Quinta del CONTRATO, los TDR forman parte integrante del mismo.

⁹ Cifra que es la señalada incluso por SEDAPAL en sus alegatos orales.

real de las partidas ejecutadas por orden de la Carta N° 157-2013-EGP-N de la fecha 21 de enero de 2013. (Tercera Pretensión de la Demanda).

Posición del CONSORCIO a lo largo de su demanda, sus escritos y exposiciones en el curso del arbitraje:

35. En relación a este Punto Controvertido, es de advertir que se aprecia que la pretensión planteada consiste en que el Tribunal Arbitral resuelva la controversia surgida por la inadecuada interpretación del contrato que hace la demandada, al exigirles la construcción de un Reservorio RP-01 de 3000m³, cuyo expediente fue aprobado mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 032-2012-GPO de fecha 19.07.12, y posteriormente, ordenando su ejecución mediante Carta N° 157-2013-EGP-N de fecha 21.01.13, y por consiguiente que el Tribunal Arbitral ordene a la demandada el pago del costo real de las partidas ejecutadas, cuyo monto asciende a la suma de S/. 364,851.55 más los intereses legales devengados desde la fecha de producido hasta la fecha efectiva de pago.
36. Para ello, el CONSORCIO ha señalado que en los términos de referencia-perfil se indica como parte de las obligaciones contractuales la construcción de un Reservorio RP-01 de 3000 m³, la cual de acuerdo a los planos E01 y E02 entregados en el proceso de licitación especificaban sus características técnicas bajo los siguientes términos:
- Espesor de muro de cuba de 0.30m
 - Espesor de losa de piso de 0.20m
 - Dimensiones de viga perimetral de 0.40 x 0.50m
 - Resistencia del concreto de $f'c=245$ kg/cm²
 - Refuerzo estructural de acero del tipo corrugado $f_y=4200$ kg/cm² con diámetros de ½" hasta ¾" y uso de cemento tipo I.
37. Asimismo señala el demandante que luego del recalcuло realizado respecto de la estructura con las dimensiones y resistencia de los materiales indicados en los TDR a fin de que el Reservorio RP-01 pueda resistir las cargas sobre éste y el concreto pueda resistir la agresividad por contenido de sulfatos en el suelo; en el Expediente Técnico Definitivo, aprobado tanto por la Supervisión como por la demandada, mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 032-2012-GPO de fecha 19.07.12, se realizaron las siguientes correcciones:
- Espesor del muro de cuba del Reservorio RP-01, a un espesor final de muro de 0.50 m
 - Espesores de losa de piso a 0.35 m
 - Dimensiones de la viga perimetral han aumentado a 0.60 m x 0.80 m

**Consortio Huarangal
Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima
Arbitraje de Derecho**

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

- Se ha aumentado la cuantía de acero de refuerzo con diámetros de $\frac{3}{4}$ " hasta 1" y uso de cemento tipo V
38. Así también señala el CONSORCIO que con fecha 16.08.11 el Especialista en Estructuras de la Supervisión emite el Informe N° 10-2011-VRCT/CORPEI/CARABAYLLO respecto de la confirmación del espesor del muro para el reservorio apoyado RP-01 de 3000 m3 opinando que debe mantenerse el diseño del espesor de muro de la cuba en 50cm, según diseño sustentado por el Proyectista, para garantizar la calidad del proyecto y los parámetros de agrietamiento máximo, recomendado mediante Informe N° 12-2011-VRCT/CORPEI/CARABAYLLO de fecha 20.09.11, la aprobación del Expediente Técnico dado que se ha completado y cumplido con los requerimientos exigidos en el Reglamento de Elaboración de Proyectos de SEDAPAL, así como sus especificaciones técnicas, y el Reglamento Nacional de Edificaciones y Normas ACI.
39. El CONSORCIO señala también que mediante Carta N° 060-2013-SAN PEDRO DE CARABAYLLO/CORPEI/JS, de fecha 23.01.13, la Supervisión les remite copias de la Carta N° 105-2013-EGP-N de fecha 15.01.13 y de la Carta N° 157-2013-EGP-N de fecha 22.01.13 emitidas por la demandada, mediante las cuales les solicitan ejecutar el Reservorio proyectado RP-01 de 3000m3 con las consideraciones indicadas en la Carta N° 157-2013-EGP-N (de acuerdo a los planos del Expediente Técnico aprobado, mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y obras N° 032-2012-GPO de fecha 19.07.12, las cuales consignan un espesor de cuba igual a 0.50 m) no generando mayores costos.
40. Así también indica la demandante que en la Carta N° 105-2013-EGP-N, esta precisó que el estudio elaborado por el Consorcio CRV (Consultor) es a nivel de pre inversión, el mismo que ha sido superado por los diseños a nivel de detalle en la etapa de inversión, señalando por tanto que ha dejado expresamente establecido que existe una manifiesta y sustancial diferencia entre el anteproyecto de la obra "Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado del Esquema San Pedro de Carabayllo", elaborado por el Consorcio CRV (realizado a nivel de pre inversión), con el Expediente Técnico definitivo que fuera aprobado mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 032-2012-GPO de fecha 19.07.12.
41. En el mismo sentido, agrega el CONSORCIO que siendo que la solicitud de la demandada de ejecutar el reservorio proyectado RP-01 con las consideraciones señaladas en la Carta N° 157-2013-EGP-N y de acuerdo a los planos aprobados

Consortio Huarangal
Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima
Arbitraje de Derecho

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

señaladas en la Carta N° 157-2013-EGP-N y de acuerdo a los planos aprobados del Expediente Técnico mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 032-2012-GPO constituye una prestación distinta a la que se obliga el CONSORCIO mediante CONTRATO, es evidente que para su ejecución se exija una contraprestación distinta a la pactada.

42. El CONSORCIO también manifiesta que mediante Carta N° 0072-2013-CONS/HRG, de fecha 25.01.13 remitió a la Supervisión su solicitud de Presupuesto Adicional y Deductivo Vinculante de Obra N° 05 por los mayores costos resultantes considerados en el estudio definitivo que fuera aprobado mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 032-2012-GPO, relacionados con la variación en el diseño del Reservorio RP-01, adjuntando para ello el Expediente que sustenta el Adicional de Obra correspondiente.
43. Sin embargo – manifiesta el CONSORCIO- mediante Carta N° 334-2013-EGP-N de fecha 14.01.13 la demandada le comunicó la Resolución de Gerencia General N° 082-2013-GG de fecha 14.02.13, mediante la cual resuelve denegar el Presupuesto Adicional N° 05 por la suma de S/. 1'143,075.10 incluido IGV y el Presupuesto Deductivo por la suma de S/. 778,224.10 incluido IGV.
44. En el mismo sentido, la demandante señala que los argumentos para la denegatoria están basados en el Informe N° 46-2013-EAL del Área de Asuntos Legales, incluido dentro de la Resolución N° 082-2013-GG los cuales no tendrían asidero legal por ser contradictorios entre sí como se demuestra en el numeral 2 de dicho informe que indica lo siguiente: *"la misma debe ejecutarse con sujeción estricta a los planos y especificaciones técnicas, contenidos en el contrato bajo responsabilidad del Contratista"*.
45. El CONSORCIO manifiesta también que mediante Carta N° 060-2013-SAN PEDRO DE CARABAYLLO/CORPEI/JS de fecha 23.01.13 y Carta N° 157-2013-EGP-N, la Supervisión y SEDAPAL les ordenan ejecutar el espesor de cuba igual a 0.50 m.
46. Así también indica el CONSORCIO que mediante Carta N° 117-2013-SAN PEDRO DE CARABAYLLO/CORPEI/JS de fecha 15.02.13 la Supervisión les reitera ejecutar los trabajos del Reservorio N° 01 (RP-01) acorde con lo establecido en los planos que obran en el Expediente Técnico Definitivo aprobado por la demandada, volviéndose a demostrar la exigencia realizada esta vez por la Supervisión de Obra.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

47. Asimismo, el CONSORCIO señala que en relación a los considerandos de la Resolución N° 082-2013-GG, el Área de Asuntos Legales de SEDAPAL para sustentar su negativa a la aprobación de las prestaciones adicionales, comete diversos errores como los siguientes:

- Que SEDAPAL aduce como base legal el artículo 56° del RLCE, lo cual sería erróneo por cuanto dicho artículo está referido a la "Formulación y absolución de observaciones a las bases" que evidentemente no corresponde al tema en discusión ni contiene ningún concepto enunciado en su análisis, lo que hace prever una deficiente atención al trámite.
- Que SEDAPAL realiza un análisis legal utilizando un enunciado que aparece en forma incompleta pues señalan que en *"el sistema a suma alzada el postor formula su propuesta por un monto fijo y por un determinado plazo de ejecución"*, habiendo omitido el párrafo completo de artículo 40° Sistema de contratación que señala:

"Sistema a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y cualidades de la prestación se encuentren totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución".

En ese sentido, el CONSORCIO considera que la omisión del párrafo induce a error en la aseveración, pues se omite que previamente a la formulación de la propuesta deben existir planos y especificaciones técnicas alcanzadas por SEDAPAL con el requisito que estas tengan la suficiente información para determinar las cantidades, magnitudes y calidades; a diferencia del presente caso en el que SEDAPAL demandada ha proporcionado al CONSORCIO los planos del RP-1 con sus respectivas especificaciones técnicas las mismas que detallan las dimensiones de la estructura y estas especificaciones han sido modificadas durante el desarrollo del Expediente Técnico Definitivo y aprobadas por la demandada mediante Resolución N° 032-2012-GPO de fecha 19.07.12, originando con ello mayor costo para su ejecución, lo cual genera un adicional de obra que debe ser aprobado.

- Que bajo este sistema se conviene en un precio global, previo e invariable para la realización total de la obra, la misma que debe ejecutarse con sujeción

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

estricta a los planos y especificaciones técnicas contenidas en el CONTRATO, bajo responsabilidad del CONSORCIO.

Sobre ello el CONSORCIO indica que existe un craso error en el señalado considerando al aseverar que la obra se debe ejecutar con sujeción estricta a los planos y especificaciones técnicas del CONTRATO, obviando la situación cuando estos planos y especificaciones técnicas del CONTRATO se encuentran con deficiencias.

En el mismo sentido, señala el CONSORCIO que la observación legal deviene en inaplicable en estricta observancia del cuarto párrafo del artículo 207º del RLCE, el cual establece:

"En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del presupuesto referencial ajustados por el factor de relación y/o los precios pactados con los gastos generales fijos y variables del valor referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del valor referencial multiplicado por el valor de relación y el Impuesto General a las Ventas correspondiente".

El CONSORCIO añade que considerando que las especificaciones técnicas detalladas en los planos del CONTRATO primigenio han sido modificadas y reemplazadas por los planos del Expediente Técnico aprobado por SEDAPAL mediante Resolución N° 032-2012-GPO de fecha 19.07.12; la recomendación realizada por el Área Legal deviene técnicamente en inejecutable, ya que dicha estructura colapsaría una vez puesta en servicio.

- Que, en tal sentido, las obras que se ejecuten bajo el sistema de suma alzada implican como regla general, la invariabilidad tanto del precio como de la obra, elementos que se encuentran directamente relacionados.

En relación con ello, señala el CONSORCIO que en las diferentes presentaciones de este adicional han señalado que se mantienen los parámetros o datos del diseño del RP-1 ($v=3000m^3$), lo cual no debe confundirse con el cambio de especificaciones técnicas de esta estructura (cambio de dimensiones), que precisamente determinan la variabilidad del precio de la obra. Por lo cual, indica el CONSORCIO, que sería un error considerar que en las obras a suma alzada se tiene como regla general la invariabilidad del precio de la obra, porque se omite que la regla de

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

invariabilidad del precio no es aplicable cuando existen prestaciones adicionales necesarias para la consecución de la obra por cambio de especificaciones técnicas, así sea del sistema de contratación a suma alzada o de precios unitarios.

- De lo expuesto, señala el CONSORCIO se desprende que cuando en la ejecución de los contratos de obra a suma alzada las condiciones contractuales previstas en los planos y las especificaciones técnicas de la obra se mantengan invariables y el CONSORCIO cumpla con ejecutar con sujeción a ellas, la Entidad no podrá reducir ni adicionar el precio fijo contratado, aun cuando en cumplimiento de lo pactado se hayan ejecutado mayores o menores metros en alguna o algunas partidas.

También señala que los planos y especificaciones técnicas de la obra no se han mantenido invariables, sino que en el desarrollo del expediente Técnico Definitivo, estos se han diseñado conforme a las normas aplicables vigentes, las cuales fueron aprobadas por SEDAPAL, en su oportunidad, dando como resultado diferentes dimensiones a las preestablecidas en los planos del contrato primigenio, lo cual genera mayores costos en su ejecución, los mismos que deben ser aprobados por la demandada.

- En el presente caso, para el CONSORCIO no es de aplicación lo establecido en los numerales 6.1 y 7.1 de los Términos de Referencia, toda vez que los planos adjuntos no fueron definitivos, sino que éstos han variado en el Expediente Técnico Definitivo, los mismos que han sido aprobados por la Supervisión en sus diferentes informes mensuales y ratificados por SEDAPAL, mediante Resolución N° 032-2012-GPO de fecha 19.07.12, que aprueba el Expediente Técnico Definitivo.
- Finalmente, señala que la posibilidad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales no existe en el presente caso, toda vez que el CONSORCIO aceptó contratar bajo el sistema de suma alzada, con pleno conocimiento de la magnitud, calidad y cantidad de la prestación, en ese sentido corresponde al CONSORCIO ejecutar la variación del espesor conforme a los informes de los especialistas, a fin de cumplir con el íntegro de las prestaciones, objeto del CONTRATO.

El CONSORCIO indica también que de conformidad a lo establecido por el artículo 41° de la LCE y el cuarto párrafo del artículo 207° del RLCE, en los contratos a suma alzada si existen presupuestos adicionales de obra; por lo que es perfecta y legalmente posible la ejecución de prestaciones adicionales,

tal como se demuestra con la aprobación de los adicionales de obra N° 01, 02, 03 y 04, por cambio de especificación técnica.

Así también el CONSORCIO manifiesta que este cumplió con ejecutar los trabajos del reservorio proyecto RP-01 acorde con lo establecido en los planos que obran en el Expediente Técnico Definitivo aprobado por la demandada, mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 032-2012-GPO de fecha 19.07.12, trabajos valorizados en el Presupuesto Adicional N° 05, habiéndose generado mayores costos por la ejecución de estas partidas, aprobadas mediante Resolución y ordenadas mediante Carta N° 157-2013EGP-N de fecha 21.01.13.

Posición de SEDAPAL a lo largo de su contestación de demanda, sus escritos y sus exposiciones en el curso del arbitraje:

48. SEDAPAL ha señalado que los planos RP-01, los cuales fueron entregados al CONSORCIO oportunamente, consignaban un espesor de 0.30m de cuba y un espesor de losa de 0.20m y otros aspectos técnicos.
49. Así también señala que en los procesos de selección para la Ejecución de Obras por Concurso Oferta, el artículo 41° del RLCE, denominado modalidades de ejecución contractual, contempla que esta modalidad solo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el Sistema de Suma Alzada, y que corresponde al postor formular una Oferta Técnica y Económica que considere la totalidad de las actividades que involucraría la ejecución del CONTRATO, y principalmente, un costo total y único por la ejecución de dichas actividades, en congruencia con el Sistema de Contratación a Suma Alzada.
50. SEDAPAL señala que en estos procesos de selección, el CONSORCIO se encuentra obligado a proyectar y ejecutar la obra respetando las condiciones preestablecidas por SEDAPAL y los montos contractuales adjudicados, con los cuales se impuso sobre los demás competidores y fue adjudicado con la Buena Pro, puesto que de lo contrario se infringiría la normativa en contrataciones del Estado, cometiendo una ilegalidad que sería duramente sancionada.
51. La demandada agrega que conforme a lo establecido en el artículo 142° del RLCE, el contrato se encuentra conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas, la Oferta Ganadora y aquellos documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en él, como en el presente caso.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

52. Si bien el CONSORCIO en la Audiencia de Informes Orales amparo su decisión de cambiar el espesor del muro en los parámetros que establece la Ley de Construcción, se debe tener en cuenta que dicha norma y su reglamentación se encontraba vigente al momento del proceso de selección y por tanto, pese a que debía ser de conocimiento del CONSORCIO, éste no hizo ninguna consulta.
53. Finalmente indica que carece de sustento contractual que el CONSORCIO reclame prestaciones adicionales por mayores metrados por una supuesta variación de especificaciones emergentes del diseño estructural del RP-01 que estaba obligado a ejecutar, siendo que además se estaría frente a presupuestos adicionales de obra que conforme a Ley no son arbitrables.

Análisis del Tribunal:

54. En relación a este punto controvertido, el Tribunal estima pertinente dejar en claro los hechos siguientes:
- Conforme se puede apreciar en el numeral 2 de los TDR se determinó claramente que las partidas correspondían a cada sistema de contratación, siendo que las obras generales serían a suma alzada, mientras que las obras secundarias a precios unitarios. Así, en lo que refiere al Reservorio RP-01, el mismo se incluía dentro de las obras generales, con lo cual, no cabe duda que las partidas que lo conforman se ejecutarían bajo el sistema de suma alzada.
 - Por otro lado, es de advertir que en el presente arbitraje, no ha existido mayor discusión de las partes, respecto a que en el Proyecto a Nivel de Pre-inversión, se contempló para el RP-01 un espesor de cuba 0.30m, ni tampoco existe controversia que en el Expediente Definitivo elaborado por el CONSORCIO, se estableció un espesor de 0.50m para dicho reservorio, tal como se observa de la Resolución de Gerencia N° 032-2012-GPO de 19.07.2012 que lo aprobó, con los cambios sugeridos por el CONSORCIO y del Informe N° 106-2013-EGP-N/JATH del 04.02.2013.
 - Debido al cambio en el espesor de la cuba del RP-01 a 0.50, el CONSORCIO solicitó a SEDAPAL la aprobación del Presupuesto Adicional y Deductivo Vinculante N° 05, conforme se lee en la Carta N° 0072-2013-CONS/HRG de 25.01.2013, en la cual manifiesta que la variación del diseño del RP-01 y que al amparo del artículo 207° del R LCE, el mismo debe ser atendido por SEDAPAL.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

- Posteriormente, a pesar de contar con la conformidad de la Supervisión (Carta 089-2013-SAN PEDRO DE CARABAYLLO/CORPEI/JS)¹⁰ y del área técnica de la propia Entidad (Informe N° 106-2013-EGP-N/JATH del 04.02.2013), SEDAPAL deniega el Presupuesto Adicional y Deductivo Vinculante N° 05, emitiendo para ello la Resolución de Gerencia General N° 082-2013-GG de 14.02.2013, alegando que el sistema contratado es “suma alzada” por lo que los mayores metrados que signifique el cambio de espesor de la cuba del RP-01 deben ser asumidos por el CONSORCIO.
 - Atendiendo a ello, con Carta N° 117-2013-SAN PEDRO DE CARABAYLLO/CORPEI/JS de 15.02.2013, el Supervisor de la obra comunica al CONSORCIO, que SEDAPAL denegó la solicitud de Presupuesto Adicional y Deductivo Vinculante N° 05 por lo que le requirió la ejecución del RP-01 de acuerdo a los planos que forman parte del Expediente Técnico Definitivo, vale decir, que lo ejecute con el espesor de cuba de 0.50m.
 - En cuanto al monto o valor proveniente de la diferencia de espesor de la cuba, se advierte que en relación a ello el CONSORCIO lo valorizó en S/. 367,491.31 nuevos soles, los cuales fueron ligeramente modificados por el Supervisor de la Obra en S/. 364,851.55, debido a un cambio en el factor de relación, último monto que fue el considerado por SEDAPAL en su Informe N° 106-2013-EGP-N/JATH de 04.02.2013.
 - Finalmente, la posición de SEDAPAL respecto de no reconocer el importe antes referido obedece esencialmente a una interpretación legal respecto de los alcances del contrato a suma alzada en el presente caso y de la arbitrabilidad o no de las prestaciones adicionales de obra según el artículo 41° de la LCE.
55. En consecuencia, el Tribunal aprecia que la discusión se centra esencialmente en determinar:
- Si teniendo en consideración la modalidad de contratación (concurso –oferta) y el sistema de contratación para el RP-01 (suma alzada), puede interpretarse que el CONSORCIO está en la obligación de asumir el mayor costo que pudiese derivarse de la ejecución del RP-01 según el Expediente Técnico aprobado por SEDAPAL, aun cuando las especificaciones respecto del

¹⁰ Citada por SEDAPAL en el Informe N° 106-2013-EGP-N/JATH del 04.02.2013.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

espesor de cuba resultan superiores a las previstas en los TDR del Estudio a Nivel de Pre-Inversión.

- Si la respuesta anterior fuese afirmativa, determinar si el presente Tribunal se encuentra limitado a disponer que se pague el importe resultante de dicha diferencia de espesor, debido a lo dispuesto en el artículo 41 de la LCE, en cuanto prohíbe que las decisiones de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales por la parte de SEDAPAL no resultan siendo materias arbitrables.
56. En primera instancia, el Tribunal Arbitral estima pertinente señalar el marco legal aplicable a la modalidad y sistema de contratación utilizado en el caso (concurso-oferta y bajo el sistema de suma alzada en lo que respecta a las obras generales).

Sobre ello, en RLCE se señala lo siguiente:

- En relación al sistema de contratación a suma alzada, el artículo 40° señala lo siguiente: *"(...)1. Sistema a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas, El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución (...)"*.
 - En relación a la modalidad de concurso-oferta, el artículo 41° lo define como: *"(...) 2. Concurso oferta: Si el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad solo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el íntegro de la obra (...)"*.
57. En ese orden de ideas, como ya ha señalado éste Colegiado, el tema en discusión en esencia recae si el cambio del espesor de cuba del RP-01 debe ser interpretado en relación al sistema de contratación y por tanto resulta siendo una obligación del CONSORCIO o si por el contrario ha existido un cambio en las especificaciones técnicas y que debido a esto corresponde reconocer los trabajos realmente ejecutados por el CONSORCIO.

58. El RP-01 contempló primigeniamente un espesor de cuba de 0.30m en el Perfil de Estudio a Nivel de Pre-inversión y en los Términos de Referencia. Así, esta especificación y otras de la obra definieron finalmente el monto del CONTRATO suscrito y aceptado por el CONSORCIO.
59. Ahora bien, de un análisis a los Términos de Referencia, no cabe duda que en relación al RP-01, el sistema contratado resulta siendo a suma alzada, tal como se observa del numeral 2 "OBJETO" que señala:

"El objetivo del presente proceso de selección es el de contratar a una empresa que se encargue de la elaboración del (...) Expediente a nivel de ejecución de obra (...), que permita convocar a concurso las obras:

- *Obras Generales a Suma Alzada.*
- *Obras Secundarias a Precios Unitarios.*

Agua Potable:

❖ *Obras Generales*

- *Construcción del Reservorio Apoyado RP-01 de 3,000 m3 (...).*

60. Sin embargo, también es resaltable que en la elaboración del Expediente Definitivo de la Obra, hubo un cambio significativo en las especificaciones Técnicas del RP-01, los cuales a sugerencia del CONSORCIO y en virtud a las normas de construcción, señaló que dicho RP-01 debía contener un espesor de cuba mayor el cual se definió en 0.50m, a fin de preservar la obra y evitar futuras deficiencias en la misma.
61. Este cambio en las especificaciones técnicas, fueron motivo de revisión por parte del Supervisor de la Obra, tal como se desprende del Informe N° 10-2011-VRCT/CORPEI/CARABAYLLO de 16.08.2011 anexado a la Carta N° 109-2011-SAN PEDRO DE CARABAYLLO/CORPEI/JS de 25.08.2011 y obrante en autos, en el cual se señaló lo siguiente:

"Ante las consultas sobre el espesor del muro del Reservorio, cabe mencionar lo siguiente:

- *El reservorio ha sido diseñado con la norma ACI-350-06 el cual es una norma de estructuras de saneamiento hidráulicas*

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

para almacenamiento de líquidos, con la finalidad de controlar y minimizar las fisuras.

- Esta norma exige para el concreto una resistencia mínima de $f_c=280 \text{ kg/cm}^2$ y relación $A/C=0.45$.
(...)
- El **espesor mínimo para muros de 3m o más de altura, debe ser de 30cm**, con ello ya no podría ser de 0.25m.
- En **nuestro caso es un muro de 8m. de altura**, cuya fuera anular máxima debida a la presión hidráulica (66.06 ton/m) se presenta a la altura de 2.75m de la base. Para esta fuera anular de 66.06 ton/m **le corresponde un espesor mínimo de 35cm**, para evitar el agrietamiento en elementos de tracción.
- Sin embargo **se tomó un espesor de 50cm., para que pase el agrietamiento máximo de 0.20mm.**

(...)

Por lo antes mencionado, es de mi (SIC) opinión Técnica de la Supervisión mantener el diseño del espesor de muro en 50cm., según diseño sustentado por el proyectista, para garantizar la calidad del proyecto y los parámetros de agrietamiento máximo". (El subrayado y las negritas son nuestras)

62. En definitiva, el cambio en el espesor de cuba del RP-01 se encontraba sustentado debidamente por el CONSORCIO y con la aprobación del Supervisor, el cual señala que se encuentra conforme con el diseño y solicita la aprobación del Expediente Técnico.
63. Este cambio en las especificaciones técnicas del RP-01 son aceptadas sin objeción alguna por SEDAPAL, quien emite la Resolución N° 032-2012-GPO de 19.07.2012 que aprueba el Estudio Definitivo y Expediente Técnico, de la cual se desprende un considerando importante que este Tribunal estima citar:

"(...) Que, mediante Informe N° 562-2012-EGP-N/JATH (...) el Coordinador del Proyecto recomienda la aprobación del Estudio Definitivo y Expediente Técnico (...) por el monto total de S/. 40' 299,886.08 (...) con las siguientes atenciones:

Gr
A



Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

“(…) 2. Que, el monto del presupuesto de obra del estudio definitivo y expediente técnico presentado por el contratista asciende a la suma de S/. 45 980 010,94 incluido gastos generales, utilidad e I.G.V.

3. Que, en lo que respecta a los sobre costos del presupuesto del expediente técnico, se merítue en la etapa de ejecución contractual, en la forma, modo y plazo que dispone la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”.

64. Es decir, a la presentación del Estudio Definitivo, SEDAPAL tenía conocimiento de mayor costo de las obras en relación a lo previsto en los TDR, indicándose claramente por el propio Coordinador de obra que dichos sobre costos del presupuesto del Expediente Técnico se evaluarían en la etapa de ejecución contractual.

Lo anteriormente señalado, crea convicción a éste Colegiado que SEDAPAL tenía pleno conocimiento del cambio significativo en las dimensiones del RP-01, lo que obviamente generaría un mayor costo (hecho que resulta absolutamente coherente).

65. Asimismo también queda acreditado que a pesar de dicho cambio, que evidentemente aumentó la onerosidad del RP-01, al no tener respuesta del Proyectista del Estudio a Nivel de Pre-inversión, instó al Supervisor de la obra comunique al CONSORCIO que el RP-01 se ejecute conforme al Expediente Técnico Definitivo tal como consta de la Carta N° 105-2013-EGP-N, apartándose de este modo con los Términos de Referencia que señaló un espesor distinto.
66. Ahora bien, en este punto es que entra en discusión si el cambio del espesor de cuba de 0.30 a 0.50m y consecuente ejecución del RP-01 en esos parámetros le era exigible al CONSORCIO a su propio cargo, de acuerdo al sistema de suma alzada o por el contrario, si dichos mayores trabajos deben ser reconocidos por SEDAPAL, al verse liberado (el CONSORCIO) de dicha responsabilidad.
67. Resulta cierto que el sistema de contratación aplicable para las partidas que conforman el RP-01 es el de suma alzada, en el cual el CONSORCIO oferta por un monto total, y en el que los mayores metrados que puedan existir corren a cargo del propio contratista, cerrando de esto modo la posibilidad de reconocer mayores montos que puedan significar esos mayores trabajos.



Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

68. Sin embargo, la invariabilidad del precio de la obra en el sistema de la suma alzada no es un hecho que no admite excepción alguna, ya que en concordancia con el artículo 207° del RLCE, es posible la modificación del monto contractual en dicho sistema. De igual modo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado comparte dicha perspectiva en la Opinión N° 064-2009/DTN que indica que:

*“(…) De acuerdo con el artículo 56° del Reglamento, en el sistema de suma alzada el postor formula su propuesta por un monto fijo y por un determinado plazo de ejecución, precisándose que este sistema **“resultará aplicable cuando las magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas y en los términos de referencia y, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivos; calificación que corresponde al área usuaria.”***

En tal sentido, las obras que se ejecuten bajo el sistema de suma alzada implican, como regla general, la invariabilidad tanto del precio como de la obra, elementos que se encuentran directamente relacionados.

De lo anterior se desprende que cuando en la ejecución de los contratos de obra a suma alzada las condiciones contractuales previstas en los planos y las especificaciones de obra se mantengan invariables, y el contratista cumpla con ejecutar la obra con sujeción a ellas, la Entidad no podrá reducir el precio fijo contratado aun cuando, en cumplimiento de lo pactado, se hayan ejecutado mayores o menores metrados en alguna o algunas partidas.

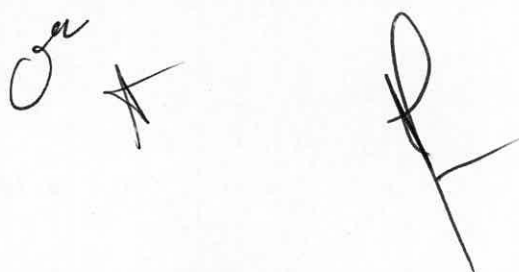
*Por el contrario, **cuando se verifiquen modificaciones o variaciones en el proyecto de la obra, concretamente en los planos y especificaciones técnicas, podrá producirse la correspondiente modificación del precio**”. (El subrayado y negrita son nuestros)*

69. De una lectura en conjunto de lo señalado anteriormente, es válido señalar que en el sistema de contratación a suma alzada, se mantiene siempre la invariabilidad de precios, así existan mayores o menores metrados. En ese contexto, correría a cargo del CONSORCIO los mayores metrados o a cargo de SEDAPAL los

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

menores metrados que pudieran suscitarse en la ejecución de la obra. Sin embargo, esta invariabilidad no es absoluta, puesto como se ha analizado, cuando existan cambios en las especificaciones técnicas, puede dar lugar a la modificación del monto contractual.

70. Entonces, para poder determinar si efectivamente era responsabilidad del CONSORCIO ejecutar el RP-01 de acuerdo a las especificaciones del Expediente Definitivo y, por su cuenta, es imprescindible determinar si estamos ante la regla general del sistema de contratación a suma alzada o por el contrario, estamos ante la excepción a ella y que tiene como consecuencia la variabilidad del precio de la obra por cambio en las especificaciones técnicas.
71. Se ha descrito ampliamente que ha quedado más que acreditado que el diseño y especificaciones del Expediente Técnico Definitivo superaron a los del Proyecto a Nivel de Pre-inversión, y que dichas modificaciones fueron aprobadas y consentidas por SEDAPAL al momento de aprobar el Estudio Definitivo y Expediente Técnico de la obra, hecho que no ha sido materia de discusión a lo largo del presente arbitraje y que además, dichos hechos no han merecido oposición alguna por ninguna de ellas.
72. En ese sentido, el RP-01 fue ejecutado a un diseño distinto del establecido en los Términos de Referencia y bajo los cuales el CONSORCIO ofertó el costo total de la obra. También, no es menos cierto que el cambio de diseño varió lo establecido en los TDR y contempló un cambio de espesor de cuba del RP-01 de 0.50m y no de 0.30m, hecho que resulta cierto y fluye de la documentación señalada en los numerales anteriores, lo cual lógicamente significó un incremento en el costo real de la obra.
73. Así las cosas, es posible determinar que ante el cambio en las especificaciones técnicas del RP-01, nos encontramos ante el supuesto normativo que habilita la modificación del monto contractual, con lo cual, causa convicción en este Tribunal Arbitral, que no podía serle exigible al CONSORCIO que realice un trabajo que no estaba contemplado en los Términos de Referencia, ya que recordamos que fue bajo las especificaciones técnicas señaladas en los TDR que finalmente se acordó el monto contractual y que finalmente fueron reemplazadas por el Expediente Técnico Definitivo, escapando de su responsabilidad contractual.
74. En virtud de lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la interpretación otorgada al CONTRATO por SEDAPAL resulta siendo errónea, ya que hemos explicado ampliamente que la ejecución del RP-01 de acuerdo a las



Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

especificaciones de Expediente Definitivo no puede ser requerida al CONSORCIO bajo su propio cargo, con lo cual, no era de responsabilidad por parte de éste último a asumir el costo del cambio de espesor de la cuba de 0.30m a 0.50m.

75. Por otro lado, respecto al monto reclamado de la ejecución de los mayores trabajos, resulta necesario indicar que el monto de S/. 364,851.55 mereció un pronunciamiento por parte del Supervisor y del área técnica de SEDAPAL, los cuales al momento de analizar la viabilidad del Presupuesto Adicional y Deductivo N° 05 vinculados al RP-01 y su cambio de espesor en cuba, concluyeron en el Informe N° 106-2013-EGP-N/JATH lo siguiente:

"(...) La Supervisión remite su Presupuesto Adicional N° 05 y Deductivo Vinculante, considerando un factor de relación equivalente a 0.79233, lo cual arroja un presupuesto neto de obra ascendente a S/. 364, 851.55 (...) con precios al mes de JUL.10.

(...)

El monto del Presupuesto Neto es igual a S/. 354,851.55 (...) incluido el Impuesto General a las Ventas (I.G.V. 18.00%) el cual representa un porcentaje de incidencia de 0.905% con respecto al monto del contrato original (...)"

76. En tal sentido, no existe controversia alguna respecto al monto de lo reclamado en el presente arbitraje.

Adicionalmente a ello, es importante señalar que a lo largo del presente arbitraje no se ha discutido, ni es materia controvertida si el CONSORCIO ejecutó o no el RP-01 en las dimensiones señaladas en el Expediente Técnico definitivo, hecho que no ha sido negado, ni contradicho por SEDAPAL, lo cual nos induce a pensar que RP-01 fue ejecutado a cabalidad por el demandante.

77. De otro lado, no escapa del ámbito de análisis de éste Tribunal Arbitral la invocación por parte de SEDAPAL respecto a la no arbitrabilidad de la presente controversia, puesto que señala, la decisión de aprobar o no un presupuesto adicional por parte de SEDAPAL no resulta siendo arbitrable conforme lo señala el artículo 41° de la LCE, en cuya parte invocada para el caso establece:

"La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la Republica de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones



Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República”.

78. En relación con esta alegación el Tribunal considera lo siguiente:

- En primer lugar es de advertir que la pretensión planteada se encuentra referida a que el Tribunal Arbitral resuelva una controversia relativa a una interpretación inadecuada del CONTRATO al exigirse la construcción del RP-01 sin pagar el costo real de las partidas ejecutadas.

En consecuencia, se aprecia que dicho pedido se orienta a que el Tribunal analice si la exigencia de SEDAPAL en que se construya el RP-01 conforme al Expediente Técnico aprobado (y que dista en sus dimensiones de espesor de manera sustancial –más del 50%- del previsto en los TDR), es amparable o no conforme al CONTRATO celebrado, y si no lo fuese, el Tribunal determine si existe o no la obligación de pagar el costo real.

Así las cosas, este Tribunal considera que las discrepancias respecto de la interpretación del CONTRATO resultan siendo de competencia del mismo, tal como lo señala el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO:

“Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán sometidos, en primer lugar, a conciliación entre las partes para lo cual se establece que cualquiera de las partes podrá presentar la solicitud de conciliación dentro de los plazos de caducidad establecidos por el Decreto Legislativo N° 1017 “Ley de Contrataciones del Estado”, ante cual Centro de Conciliación autorizado para resolver todos los conflictos”.

- Adicionalmente es tener en cuenta que el artículo 41 de la LCE aplicable en este caso, refiere a la no arbitrabilidad de las decisiones de SEDAPAL respecto de la aprobación o no ejecución de prestaciones adicionales, y en el presente caso sucede todo lo contrario, puesto que SEDAPAL es la que ha exigido la ejecución del RP-01 por parte del CONSORCIO conforme a lo señalado en el Expediente Técnico, sin reconocer el mayor costo que este puede tener en relación con las dimensiones de espesor definidas en los TDR; hecho que a criterio de este Tribunal escapa del supuesto previsto en el citado artículo 41°.



Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

79. Bajo todos los considerandos señalados, resulta FUNDADA la pretensión del CONSORCIO, por lo que éste Colegiado determina que SEDAPAL hizo una interpretación errónea del CONTRATO, con lo cual no era posible requerirle al CONSORCIO la ejecución de mayores trabajos a su cargo, con lo cual deberá cancelarse la valorización correspondiente y que asciende a S/. 364,851.55.
80. Finalmente y en lo que concierne a los intereses legales solicitados debe tenerse en cuenta que según la pretensión de la demanda, estos se han requerido desde la "fecha de producidos hasta la fecha de pago" (entendemos desde la fecha que se ejecutó el RP-01), empero es evidente que cualquier obligación de pago de SEDAPAL no se genera desde el momento mismo de la ejecución puesto que incluso luego de ejecutado corresponde practicar una valorización y existe un plazo para su pago, situación que en el presente caso no se ha dado. Sin perjuicio de lo ello, este Tribunal considera que en el presente caso corresponde reconocer interés desde la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje hasta la fecha de pago real y efectivo; ello de conformidad con la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, y los artículos 1334 y 1246 del Código Civil, puesto que en el presente caso, el importe que corresponde reconocerse es finalmente uno que, si bien se sustenta en los valores contenidos en los informes, es uno que ha sido fijado por el Tribunal Arbitral.

III.3. Respecto del Punto Controvertido relativo a: "Si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a alguna de las partes al pago de los costos y costas del presente arbitraje" (Sétima Pretensión de la Demanda).

81. En el numeral 1) de la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, las partes convinieron que:

"1. Respecto a los costos arbitrales (...) las partes determinan en virtud de su libre potestad y su libertad de pacto entre ellas que el pago de gastos, costas y costos del proceso los realizará quien solicite el arbitraje".

82. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 69° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, las partes tienen la facultad de adoptar las reglas relativas al pago de los costos del arbitraje al que estén sometidas. En efecto, dicha norma señala textualmente:



Página 46 de 52

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

*"Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a los 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.**"* (El subrayado y las negritas son nuestros)

83. A su vez, de acuerdo con el artículo 57° del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, al cual las partes se han sometido, señala que en relación a estos aspectos, debe tenerse en cuenta en principio lo que hayan pactado las partes.
84. Por su parte es de tener en cuenta que el numeral 1) del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, faculta a los árbitros a distribuir y prorratear los costos del arbitraje entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
85. Sobre este particular, el Tribunal considera pertinente hacer las siguientes reflexiones:
- El artículo 69° de la Ley de Arbitraje, al igual que el artículo 57° del Reglamento del Centro, consagra la facultad de las partes para fijar las reglas relativas a los costos del arbitraje, y señala que a falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente sobre el particular, con arreglo a las disposiciones de ese título.
 - El numeral 1) del artículo 73° de la Ley de Arbitraje (norma contenida en el título de la Ley, relativo a los costos arbitrales), establece efectivamente lo siguiente:

"El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efecto 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. (...)" (El subrayado y las negritas son nuestros)

- Lo anterior supone que, la Ley reconoce en primer término que los costos del arbitraje se imputan según el acuerdo de las partes. Es decir, el Tribunal debe en principio tener en consideración lo pactado. Sin embargo, permite que

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

pueda distribuir dichos costos entre las partes en caso estime que el prorrateo resulte razonable según las circunstancias del caso. Dicha facultad, a criterio de este Tribunal se extiende no sólo al supuesto de falta de acuerdo de las partes, sino también al supuesto en que exista un acuerdo en contrario que haya sido cuestionado por la parte que corresponda, y del cual bajo parámetros objetivos y acreditados en el proceso, el Tribunal estime pertinente apartarse.

- Teniendo en cuenta ello, cabe preguntarse ¿puede el Tribunal simplemente apartarse del acuerdo de las partes bajo el argumento que a su criterio le parece razonable que los costos sean asumidos por ambas?, ¿o corresponde que sea la parte que solicita que dicho acuerdo no se aplique, la que le compete demostrar ante el Tribunal las razones objetivas por las que solicita que ese acuerdo sea dejado de lado? Dicho en otros términos, ¿puede el Tribunal desconocer el acuerdo de las partes, por la simple solicitud de una de ellas, bajo la premisa que es a éste a quien corresponde fijar los costos?

Para este colegiado la respuesta es que ello no funciona de dicha manera, pues de lo contrario carecería de sentido la premisa inicial, que le impone el tener presente el acuerdo de las partes, así como el respeto a la regla fundamental en materia contractual, que es que "los contratos son ley entre las partes".

En este sentido, aquella parte que solicita al Tribunal que deje de lado lo que ha aceptado contractualmente, debe indicar con precisión y acreditar las razones por las que su acuerdo debe ser dejado de lado, siendo que en el caso que nos ocupa no se advierte mayores razones por las que el demandante solicita que no se tenga en cuenta el acuerdo sobre imputación de costos que realizó. Por lo demás no se advierte que este acuerdo "perse" sea abusivo ni ilegal, en tanto que señala que los costos serán asumidos por el solicitante o demandante en el arbitraje, lo cual supone que pueda ser cualquiera de las partes, caso contrario sería por ejemplo el haberse señalado los costos deban ser asumidos siempre por el CONSORCIO. Adicionalmente, es de tener en cuenta que tampoco se aprecia que sobre dicha cláusula hubiese existido siquiera algún cuestionamiento (bien sea como consulta u observación) en el proceso de selección, o que el CONSORCIO hubiese hecho reserva al momento de suscribir el CONTRATO.

Teniendo en cuenta lo anterior, este colegiado considera que en lo que respecta a la imputación de los costos del arbitraje, debe desestimarse lo peticionado por el demandante, correspondiéndole a éste asumir los costos del presente proceso arbitral. Así, según la información con la que cuenta el Tribunal a la fecha de

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

emisión del presente laudo, los costos del arbitraje se limitan a los honorarios y gastos del Tribunal y de la secretaría (administración), de los cuales S/. 30,956.59 (Treinta Mil Novecientos Cincuenta y Seis con 59/100 Nuevos Soles) incluido IGV corresponden a los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y S/. 10,253.92 (Diez Mil Doscientos Cincuenta y Tres con 92/100 Nuevos Soles) incluido IGV, corresponden a la secretaria y administración.

LAUDA:

Por unanimidad respecto de los puntos resolutivos primero y segundo, y con el voto en mayoría respecto del punto resolutivo tercero (por cuanto el voto del Dr. Mario Linares Jara respecto a este extremo se anexa de manera independiente), de la manera siguiente:

PRIMERO.- Respecto de la Primera Pretensión Principal: *"Que, el Tribunal Arbitral deje sin efecto la Carta N° 1685-2012-EGP-N de fecha 06.JUL.2012, que ordena la aplicación de una penalidad en la Valorización N° 05 (Final) por la Elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico y ordene a LA DEMANDADA cumpla con pagar el importe ascendente a S/. 323,252.85 reiterada con Carta N° 0043-2013-CONS/HRG de fecha 17.ENE.2013, más los intereses legales desde la presentación de la valorización hasta la fecha efectiva de pago."* **Declarar INFUNDADA, puesto que no corresponde dejar sin efecto la penalidad impuesta, empero corresponde precisar que el monto de la penalidad asciende a la suma de S/. 245,414.03 (Dos cientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos catorce y 03/100 Nuevos Soles) y no la suma de S/. 263,078.22 (Dos cientos sesenta y tres mil setenta y ocho y 22/100 Nuevos Soles).**

SEGUNDO.- Respecto de la Tercera Pretensión Principal: *"Que, el Tribunal Arbitral resuelva la controversia surgida por la inadecuada interpretación del contrato que hace LA DEMANDADA, al exigirnos la construcción de un Reservoirio RP-01 de 3000 m3, cuyo expediente fue aprobado mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 032-2012-GPO de fecha 19. JUL.2012, y posteriormente ordenando su ejecución mediante Carta N° 157-2013-EGP-N de fecha 21.ENE.2013, y por consiguiente que el Tribunal Arbitral ordene a LA DEMANDADA el pago del Costo real de las partidas ejecutadas, cuyo monto asciende a la suma de S/. 364,851.55, (trescientos Sesenta y Cuatro Mil Ochocientos Cincuenta y Un con 55/100 Nuevos Soles), más los intereses legales devengados desde la fecha de producido hasta la fecha de pago."* **Declarar FUNDADA EN PARTE, y en consecuencia que corresponde que SEDAPAL reconozca y pague al Demandante la suma de S/. S/. 364,851.55, (trescientos Sesenta y Cuatro Mil Ochocientos Cincuenta y Un con 55/100 Nuevos Soles), más los intereses legales devengados que deberán calcularse desde la fecha de presentación de la solicitud**



**Consortio Huarangal
Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima
Arbitraje de Derecho**

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

arbitral, esto es, desde el 04 de enero de 2013, hasta la fecha de su pago real y efectivo.

TERCERO.- Se fijan los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/. 30,956.59 (Treinta Mil Novecientos Cincuenta y Seis con 59/100 Nuevos Soles) incluido IGV y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en la suma de S/. 10,253.92 (Diez Mil Doscientos Cincuenta y Tres con 92/100 Nuevos Soles) incluido IGV, según la liquidación practicada el 31 de octubre de 2013.

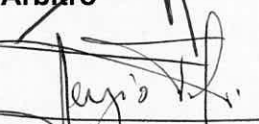
CUARTO.- En relación con las costas y costos del presente arbitraje: **Declarar INFUNDADA la pretensión, debiendo estos ser asumidos íntegramente por el CONSORCIO.**



OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO
Presidente



MARIO LINARES JARA
Árbitro



SERGIO TAFUR SÁNCHEZ
Árbitro

2014 MAY 16 PM 5 39

**VOTO EN DISCORDIA DEL DR. MARIO LINARES JARA UNICAMENTE RESPECTO
DEL EXTREMO RELATIVO A LAS COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE**

ARREGLADO
SEGUNAL DE
CONFORMIDAD

1. En el numeral 1 de la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, las partes convinieron que:

"1. Respecto a los costos arbitrales (...) las partes determinan en virtud de su libre potestad y su libertad de pacto entre ellas que el pago de gastos, costas y costos del proceso los realizará quien solicite el arbitraje".

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 69° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, las partes tienen la facultad de adoptar las reglas relativas al pago de los costos del arbitraje al que estén sometidas. Sin embargo, aun con la existencia de dicho acuerdo, el numeral 1) del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, faculta a los árbitros a distribuir y prorratear los costos del arbitraje entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso; a entender del suscrito, en dicha norma, se ha facultado a los árbitros a usar su criterio para establecer el prorrateo y/o distribución de los costos del arbitraje, para lo cual deben tener en cuenta lo pactado entre las partes.
3. Esta discrecionalidad que la Ley de Arbitraje otorga a los árbitros, va de la mano con la razonabilidad que debe tener la distribución de los costos del arbitraje; en ese sentido, si al Tribunal Arbitral no le parece razonable lo pactado por las partes, es facultad de los árbitros distribuir los costos del arbitraje de manera razonable, situación que se ve reforzada en este caso, dado que las partes han aceptado este aspecto como uno de los puntos controvertidos del arbitraje. Establecer lo contrario, implicaría desconocer la facultad legal establecida en el numeral 1) del artículo 73° de la Ley de Arbitraje.
4. En ese sentido, considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad, desde el punto de vista del suscrito, no puede afirmarse que existe una *"parte perdedora"*, en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y que, además, el suscrito considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, la cual motivó el presente arbitraje.



**Consortio Huarangal
Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima
Arbitraje de Derecho**

Oswaldo Hundskopf Exebio
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Mario Ernesto Linares Jara

5. En tal sentido, corresponde disponer que cada una de ellas asuma los costos que debió sufragar; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (este rubro incluye los honorarios de los árbitros y gastos administrativos del Centro), asimismo, cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal en que hubieran incurrido a raíz del presente proceso arbitral.
6. Consecuentemente, en virtud de lo manifestado precedentemente, el suscrito considera que la Séptima Pretensión Principal de la Demanda es FUNDADA en parte.

POR TANTO:

MI DECISION RESPECTO DE LA SETIMA PRETENSION DE LA DEMANDA en cuanto se solicita que se condene a SEDAPAL al pago de costas y costos es que debe declararse FUNDADA en parte, debiendo cada parte asumir en partes iguales, los gastos de administración y secretaria, así como los gastos de honorarios arbitrales incurridos en el presente proceso.

MARIO LINARES JARA
Árbitro