

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

2014 ENE 9 PM 12 11

**ARBITRAJE SEGUIDO POR
CONSORCIO NORTE PACHACUTEC CONTRA SERVICIO DE AGUA POTABLE
Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL**

RECEBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

**TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR EL ABOGADO ROLANDO
EYZAGUIRRE MACCAN E INTEGRADO POR EL ABOGADO JORGE VEGA
SOYER Y EL ABOGADO SERGIO TAFUR SÁNCHEZ**

RESOLUCIÓN N° 7

Lima, 06 de enero del dos mil catorce.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

CONSORCIO NORTE PACHACUTEC, en adelante EL CONSORCIO, celebró el 24 de marzo 2011 con el SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL, en adelante SEDAPAL, el "Contrato N° 084-2011-SEDAPAL, Adjudicación de Menor Cuantía N° 0004-2010-SEDAPAL-CO, Concurso Oferta, en lo sucesivo el Contrato, cuyo objeto es la ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado para el macro proyecto Pachacutec- Ventanilla.

En la ejecución del Contrato surgieron controversias entre las partes que se han sometido al presente arbitraje relativo a los Presupuestos Deductivos N°03 y N° 04.

II. EL PROCESO ARBITRAL

**II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO
ARBITRAL APLICABLE**

Inicio del Proceso Arbitral, Designación de los Árbitros e Instalación del Tribunal Arbitral

Surgida la controversia entre las partes en relación a los Presupuestos Deductivos N°03 y N° 04 del Contrato, EL CONSORCIO designó como árbitro al abogado Jorge Vega Soyer. A su turno y dentro del plazo de ley, SEDAPAL designó al abogado Sergio Tafur Sánchez como su árbitro.

[Firma manuscrita] 1

Ambos árbitros se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, nombramiento que recayó en el abogado Rolando Eyzaguirre Maccan.

Con fecha 05 de junio de 2013 se instaló el Tribunal Arbitral con presencia de las partes. En este acto se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de los árbitros y de la secretaría arbitral.

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

En la Cláusula Décimo Séptima del Contrato referida a la Solución de Controversias se dispuso que 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 normatividad de Contrataciones del Estado y en el Decreto Legislativo N° 1071.

A este efecto, la mencionada cláusula prevé que el arbitraje se desarrollará de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad, salvo en cuanto a los costos arbitrales y el no requerimiento de carta fianza a que se refiere el artículo 61° del Reglamento ni la garantía que alude el artículo 66° de la Ley de Arbitraje.

En el punto 2 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se dispuso que en virtud del convenio arbitral y de lo expresado por ambas partes, el presente arbitraje fuera un Arbitraje Nacional y de Derecho.

Procedimiento arbitral aplicable

Según lo establecido en el punto 3 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes acordaron someterse incondicionalmente a los Reglamentos del Centro y de común acuerdo reconocieron la intervención del Centro como la institución encargada de la organización y administración del presente arbitraje.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.



En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.

II.3 LA DEMANDA

Mediante escrito presentado el 03 de julio de 2013, EL CONSORCIO interpone su demanda.

PETITORIO

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, se declare la invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012, que aprueba el Presupuesto Deductivo N° 03 por reducción de meta, por no ajustarse a derecho, debido a que a la fecha en que se emitió dicho acto, el Contrato N° 084-2011-SEDAPAL había sido resuelto por el Consorcio mediante Carta N° 307-2012/CNP-RL-PP con fecha 26 de julio del 2012.

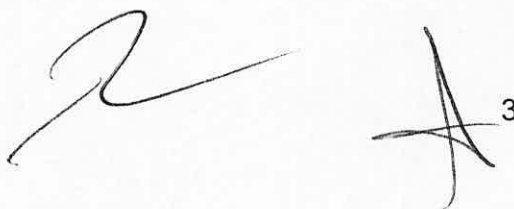
SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL

Que, se declare la invalidez y/o ineficacia de las Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 30 de noviembre del 2012, que aprueba el Presupuesto Deductivo N° 04 por reducción de meta correspondiente al sistema On Line, por no ajustarse a derecho, debido a que a la fecha en que se emitió dicho acto, el Contrato N° 084-2011-SEDAPAL había sido resuelto por el Consorcio mediante Carta N° 307-2012/CNP-RL-PP de fecha 26 de julio del 2012.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL

Que el Tribunal Arbitral ordene a **SEDAPAL** el reembolso de todos los gastos y costos incurridos en el presente arbitraje, incluido los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso, así como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y demás efectuados para su atención.

FUNDAMENTOS DE HECHOS Y DE DERECHO



Expresa que se trata de un Contrato de Obra, el mismo que debido al incumplimiento del pago de la valorización N° 08 a cargo de SEDAPAL, el CONSORCIO procedió a resolverlo. Lo que no sólo afectó la secuencia de ejecución del CONTRATO sino que originó gastos que deben ser reconocidos y pagados.

Indica que, posteriormente SEDAPAL aprobó los deductivos N° 03 y N° 04, los cuales no se ajustan a derecho, debido que **EL CONTRATO** ya se encontraba resuelto; por lo que, el CONSORCIO reclama en el presente arbitraje, que dichos Deductivos se declaren inválidos y/o ineficaces.

Como antecedentes, detalla que SEDAPAL convocó a la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0004-2010-SEDAPAL-CO bajo la modalidad de concurso oferta¹, sistema suma alzada y precios unitarios; para la elaboración del Expediente Técnico, Intervención social y Ejecución de la obra: "Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado para Macro Proyectos Pachacutec – Ventanilla", ubicado en el distrito de Ventanilla - Callao. Como resultado del Proceso Especial de Selección, Abengoa Perú S.A., GyM S.A. y GMI S.A. Ingenieros Consultores y Abengoa S.A. sucursal en Perú, constituyeron el consorcio denominado CONSORCIO NORTE PACHACUTEC, siendo el adjudicador de la Buena Pro en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0004-2010-SEDAPAL-CO.

El CONSORCIO suscribió con SEDAPAL el Contrato N° 084-2011-SEDAPAL con fecha 24 de marzo de 2011, bajo la modalidad contractual denominada Concurso Oferta, cuyo objeto era la ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado para el macroproyecto Pachacutec - Ventanilla, en el cual se obligaba a:

- Estudio Definitivo y Elaboración de Expedientes técnicos
- Ejecución de las Obras (Generales y Secundarias)
- Realización de las labores de Intervención Social

Repara que es preciso tener en cuenta que el CONTRATO se celebró por el monto de S/. 329'112 432,24 (Trescientos veintinueve millones ciento doce mil cuatrocientos treinta y dos con 24/100 Nuevos Soles) incluido IGV. Sin embargo en aplicación a la Ley N° 29666, vigente desde el 01 de marzo del 2011, y al

Artículo 41 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado.- Modalidades de Ejecución Contractual
Cuando se trate de bienes u obras, las bases indicarán la modalidad en que se realizará la ejecución del contrato, pudiendo ésta ser:

(...)

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 sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema 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..."

Comunicado N° 0006-2011-OSCE/PRE, "Aplicación de la reducción del Impuesto General a las Ventas IGV al 18%", el monto contractual debió ser reajustado a la suma de S/. 326'346 728,55 (Trescientos veintiséis millones trescientos cuarenta y seis mil setecientos ochenta y uno con 55/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

Descripción	Valor Referencial S/.
Presupuesto a Suma Alzada	170 057 379,66
Presupuesto a Precios Unitarios	156 289 401, 89
TOTAL	326'346 728,55 ²

De conformidad con lo establecido en el CONTRATO, el CONSORCIO se obligó a ejecutar el referido CONTRATO, en el plazo establecido a continuación:

Actividad	Plazo de Ejecución
Elaboración del Expediente Técnico	180 días, contados desde el 14 de abril de 2011.
Ejecución de Obras	480 días

Para la ejecución de la Intervención Social, EL CONSORCIO tenía un plazo de 660 días calendario, realizándose en forma simultánea a la elaboración del estudio definitivo, expediente técnico y ejecución de obra.

Indica que, el CONSORCIO se obligó a elaborar el Expediente Técnico de acuerdo a lo enmarcado en los Términos de Referencia a fin de que éste fuera aprobado por SEDAPAL.

Nota que con fecha 08 de abril de 2011, se llevó a cabo el acto de entrega de terreno al CONSORCIO, siendo el inicio del plazo contractual para elaborar el Expediente Técnico el día 14 de abril de 2011; sin embargo, precisar que se presentaron varias causales de ampliaciones de plazo, por lo que el CONSORCIO presentó los pedidos correspondientes que fueron denegados indebidamente por SEDAPAL y que se discuten actualmente en varios arbitrajes.

El Demandante desprende de todo lo anterior que El CONTRATO comprende el mejoramiento del sistema de agua potable, construyendo y equipando siete

²

Este importe incluye el Impuesto General a las Ventas.

reservorios apoyados de hasta 2 000 m3, suministrando energía eléctrica y un moderno sistema de automatización y scada, e instalando 38 254 conexiones domiciliarias. Además, la OBRA incluye la construcción y equipamiento de cinco (05) cámaras de bombeo para el sistema de alcantarillado, así como una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (en adelante, PTAR) con una capacidad de 430 litros por segundo, y la instalación de 309,828 metros de redes secundarias.

Hace hincapié que el Proyecto Pachacutec es relevante e importante para la ampliación y mejoramiento del sistema de agua potable y alcantarillado para la zona de Pachacutec, que beneficiará a más de 170,000 habitantes de la Provincia Constitucional del Callao.

Puntualiza que, una obligación sustancial e implícita en todo contrato de construcción es que el comitente de la Obra no demore, interfiera o entorpezca la ejecución de los trabajos. Así, esta obligación es expresión de su deber de colaboración con el contratista durante la ejecución de la Obra. Todo Comitente debe tener cuidado de toda y cualquier intervención activa o inacción que perjudique al Contratista durante la ejecución de la Obra³, siendo responsables de las consecuencias que su comportamiento genere.

Dicha parte explica que resolvió El Contrato, porque SEDAPAL no pagó la Valorización N° 08. Respecto a ello, se remite a la Carta N° 193-2011/CNP-CG-IS notificada con fecha 17 de diciembre 2011, en donde el CONSORCIO entregó a la Supervisor la factura N° 001-0000017 correspondiente a la valorización N° 08 por las actividades de Intervención Social realizadas en el mes de noviembre del mismo año, por un monto ascendente a S/. 304,441.25 (Trescientos cuatro mil cuatrocientos cuarenta y uno con 45/100 Nuevos Soles), incluido el IGV correspondiente.

Conforme a lo señalado el artículo 197⁴ del RLCE, en lo relativo a los plazos para tramitación y pago de las valorizaciones, la obligación de SEDAPAL era la de cancelar la factura N° 001-0000017 el último día del mes de enero de 2012; sin embargo no efectuó dicho pago oportunamente; vulnerando de esa forma la Primera Cláusula del CONTRATO, referida a la obligación del pago de SEDAPAL .

³ LESSER, Steven B. "Te Tele Dedal Sin: En Owner's Guide To Avoiding Liability For Implied Obligations During the Construction Of a Project" (Los doce pecados capitales: Guía del propietario para evitar la responsabilidad por las obligaciones implícitas en la construcción de un proyecto). En: The Construction Lawyer, 2008, pp. 29-30.

"Artículo 197.- Valorizaciones y Metrados"

(...) El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo. (...)."

Señala que mediante Carta Notarial N° 268-2012/CNP-RL-PP de fecha 28 de junio del 2012, requirió a SEDAPAL el pago de la mencionada valorización en un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 169° del RLCE, el cual a la letra señala:

Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. (...)

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato (...) (Resaltado nuestro)

De acuerdo a lo establecido en dicho artículo, el Demandante considera que se ha demostrado, que EL CONSORCIO cumplió, conforme a ley, con requerir a SEDAPAL la cancelación de la factura correspondiente por la Valorización N° 08, dado que dicho pago constituía una obligación contractual esencial que debía cumplir SEDAPAL, siendo el plazo máximo para cancelar la referida factura el 6 de julio del 2012.

Alega que, a pesar de las gestiones de cobranza realizadas por el CONSORCIO, SEDAPAL no cumplió con el pago oportuno de la Factura N° 001-0000017 correspondiente a la Valorización N° 08, por lo que el CONSORCIO resolvió de maneta total EL CONTRATO, conforme a lo establecido en el artículo 40° de la LCE y los artículos 168° y 169° del RLCE, mediante la Carta N° 307-2012/CNP-RL-PP, cursada vía notarial a SEDAPAL el 26 de julio del 2012.

Reitera que, la resolución del CONTRATO fue efectuada por el CONSORCIO siguiendo el procedimiento establecido en las normas de Contrataciones del Estado. SEDAPAL ha incumplido injustificadamente una obligación esencial, la cual es el pago de la contraprestación a favor del CONSORCIO (Valorización N° 08) por las actividades de Intervención Social realizadas por el CONSORCIO en el transcurso del mes de noviembre de 2011.

En cuanto al Deductivo N° 03, manifiesta que con fecha 07 de noviembre del 2012, SEDAPAL presentó la Carta N° 2702-2012-EGP-N notificando la Resolución de Gerencia N° 876-2012-GG; donde aprueba el Presupuesto Deductivo N° 03 por reducción de meta, al componente de elaboración del estudio definitivo y expediente técnico, correspondiente a la Gestión de saneamiento físico legal para la construcción de la cámara de bombeo de desagües CDP-01, disponiendo que el Equipo Gestión de Proyectos Norte efectuó los trámites correspondientes. El



monto ascendente a la respectiva deducción es de S/.512.44 (Quinientos doce con 44/100 Nuevos Soles)

Al respecto, expresa que mediante Carta N° 349-2012/CNP-RL-PP de fecha 14 de noviembre del 2012, indicó a SEDAPAL que el Contrato de obra quedó resuelto el 26 de julio de 2012, por lo que la Resolución que aprueba el deductivo es improcedente, dado que el acto ha sido tramitado con posterioridad a la resolución del contrato.

Con relación al Deductivo N° 04, detalla que posteriormente, SEDAPAL mediante Carta N° 2908-2012/CNP-RL-PP de fecha 30 de noviembre del 2012, le notifica la Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG la que aprobó el Presupuesto Deductivo N° 04 por reducción de meta correspondiente al sistema On Line.

El Demandante entiende que dicho acto es invalido por no ajustarse a derecho debido a que el Contrato N° 084-2011-SEDAPAL, ha sido resuelto con anterioridad por el CONSORCIO.

Concluye que los Deductivos N° 03 y 04 no se ajustan a derecho pues EL CONTRATO ya se encontraba resuelto.

Formula como tercera pretensión, que el Tribunal Arbitral ordene a SEDAPAL el pago de las costas y costos que se deriven del presente arbitraje, en base a al artículo 57^{o5} del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el artículo 73^{o6} de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071.

Invoca como fundamentos de derecho de su Demanda, el artículo 197° del RLCE, que señala el método y el procedimiento de cobro de las valorizaciones emitidas por el Contratista. El CONSORCIO ha sido escrupuloso en cumplir con el procedimiento antes indicado, por lo que cualquier argumentación de SEDAPAL en sentido contrario carece de mayor sustento.

El artículo 169° del RLCE, establece el procedimiento de resolución de Contrato, el cual el CONSORCIO ha observado en su integridad. Ante el incumplimiento injustificado de SEDAPAL de su obligación de pago de la Factura N° 001-0000017 correspondiente a la Valorización N° 08, el CONSORCIO requirió a SEDAPAL mediante carta notarial, para que cumpliera en un plazo no mayor a cinco (5) días,

⁵ Artículo 57°.-

1. El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral (...)."

⁶ Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

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



8

bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO. Vencido dicho plazo sin que SEDAPAL hubiera cumplido con realizar el pago requerido, EL CONSORCIO resolvió el CONTRATO en forma total, comunicando tal decisión a SEDAPAL mediante carta notarial.

El artículo 1372° del Código Civil, señala los efectos de la resolución de contrato; por lo que existiendo, con posterioridad a la resolución del CONTRATO, una deuda pendiente a cargo de SEDAPAL por la Factura N° 001-0000017 correspondiente a su vez a la Valorización N° 08; SEDAPAL estaba en la obligación de pagar dicha factura, como efectivamente lo hizo el 30 de julio de 2012, sin que dicho pago pudiera considerarse como una subsanación postrera del referido incumplimiento, toda vez que la resolución contractual surtió plenos efectos jurídicos con anterioridad a dicho pago.

Además, invoca la ley de Arbitraje, Decreto Legislativo Nro. 1071, así como las demás disposiciones que menciona a lo largo de su demanda.

II.4 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Petitorio

SEDAPAL, con escrito presentado el 08 de agosto de 2013, contestó la demanda y solicitó que se declaren infundadas todas las pretensiones del CONSORCIO.

FUNDAMENTOS DE HECHOS Y DE DERECHO

Como antecedentes, el Demandado menciona que mediante el Contrato N° 084-2012-SEDAPAL, firmado el 24.03.2011, se otorgó la Buena Pro a la Empresa CONSORCIO NORTE PACHACUTEC, para la elaboración del Estudio Definitivo, Expediente Técnico y Ejecución de la Obra e Intervención Social para la "Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado para el Macro Proyecto Pachacutec".

Detalla que la modalidad de contratación es de CONCURSO OFERTA, por el cual el Contratista actúa primero como Consultor desarrollando el Estudio Definitivo y Elaborando el Expediente Técnico de la Obra y posteriormente, una vez aprobado el Expediente Técnico, se encarga de la ejecución de la obra. Art. 41° Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Opinión N° 041-2011/DN D.T-OSCE de fecha 15-04-2011). El fin de este tipo de modalidad de ejecución contractual es que el mismo Contratista que elabore el Estudio Definitivo y el Expediente Técnico, luego ejecute la obra, porque nadie mejor que él para realizar un buen trabajo, siendo él mismo quien programó los pasos a seguir para arribar una perfecta conclusión, minimizando así el margen de error, el cual de existir, sería de su entera responsabilidad.



Indica que, según la Cláusula Primera del Contrato "OBJETO Y MONTO", el objeto es la "Elaboración del Estudio Definitivo, Expediente Técnico y Ejecución de la Obra e Intervención Social" para la "Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado para el Macro Proyecto Pachacutec-Ventanilla". Según la Cláusula Quinta - Partes Integrantes del Contrato: el Contrato está conformado por las Bases Integradas, (Incluyen Planos, TDR, Memoria Descriptiva, Especificaciones Técnicas, Cláusulas de Medición y toda documentación integrante e incluida en las Bases Generales Integradas, cuya prelación de documentos se encuentran indicadas en las Disposiciones Especiales), la Oferta Técnica y Económica, y todos los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Advierte que existen ocho (08) procesos arbitrales en curso, derivados del mismo Contrato N° 084-2012-SEDAPAL:

CA SO	DEMAND ANTE	DEMAND ADO	CONTROV ERSIA	PRETEN SION ECONO MICA	ARBITR O PRESIDE NTE	ARBITRO CONTRAP ARTE	ARBITR O SEDAPA L
221 9- 246 - 201 1	CONSOR CIO NORTE PACHAC UTEC	SEDAPA L	AMPLIACI ON DE PLAZO 03 (44 DC)	S/. 365,354. 20	PEDRO CORONA DO LABO	ALBERTO ANTONIO MARTIN LOAYZA (RENUNCI Ó POR INTERPOS ICIÓN DE RECUSACI ÓN)	JAVIER VILLA GARCIA VARGAS
226 2- 201 2- CC L	CONSOR CIO NORTE PACHAC UTEC	SEDAPA L	AMPLIACI ON DE PLAZO 08 (64DN) / MAYORES GASTOS GENERAL ES	S/. 1,304,19 5.48	ROLAND O EYZAGUI RRE MACCAN	HUGO SOLOGUR EN CALMET	AUGUST O OCHA CARDIC H
233 8- 201 2- CC L	CONSOR CIO NORTE PACHAC UTEC	SEDAPA L	DISEÑO DE SISTEMA PARA TRATAR CALIDAD DEL AGUA	GASTOS ARBITR ALES	MARIO CASTILL O FREYRE	MARCO PAZ ANCAJIMA	REYNAL DO BUSTAM ANTE ALARCO N

			PARA CONSUMO HUMANO				
237 2- 201 2	CONSOR CIO NORTE PACHAC UTEC	SEDAPA L	AMPLIACI ON DE PLAZO 10 (48 DC)	S/. 2,157,31 6.26	MARIO CASTILL O FREYRE	HUGO SOLOGUR EN CALMET	REYNAL DO BUSTAM ANTE ALARCO N
244 4- 201 2- CC L	CONSOR CIO NORTE PACHAC UTEC	SEDAPA L	AMPLIACI ONES DE PLAZOS PARCIALE S 14 (73 DC), 15 (73 DC) Y 16 (101 DC)	S/. 13,146,7 18.03	VICTOR GARCIA TOMA	ALBERTO MONTEZU MA CHIRINOS	DELIA REVORE DO MARSAN O
244 3- 201 2- CC L	SEDAPAL	CONSOR CIO NORTE PACHAC UTEC	RESOLUCI ON DE CONTRAT O	S/. 22,444,8 45.50	VICTOR GARCIA TOMA	HUGO SOLOGUR EN CALMET	DELIA REVORE DO MARSAN O
253 6- 201 3- CC L	CONSOR CIO NORTE PACHAC UTEC	SEDAPA L	DECLARA R LA INVALIDEZ Y/O INEFICACI A DE LA RESOLUCI ON DE GG 1072, PORQUE EL CONTRAT O YA SE ENCONTR ABA RESUELTO	NO PRECIS A	LUCIANO BARCHI VELAOC HAGA	ELVIRA MARTINEZ COCO	EDUARDO NEGRET E ALIAGA
253 7- 201 3- CC L	CONSOR CIO NORTE PACHAC UTEC	SEDAPA L	DECLARA R LA INVALIDEZ Y/O INEFICACI A DE LA	NO PRECIS A	ROLAND O EYZAGUI RRE MACCAN	JORGE VEGA SOYER	SERGIO TAFUR SANCHE Z

			RESOLUCI ON DE GG 876-2012, PRESUPU ESTO DEDUCTIV O N° 3 Y RESOLUCI ON DE GG 980-2012, DEDUCTIV O N° 4 POR REDUCCI ON DE META SISTEMA ON LINE				
--	--	--	--	--	--	--	--

Resalta que el monto establecido para la elaboración del Expediente Técnico en el contrato fue de S/. 5'689,744.11 para un plazo de ejecución de 180 días, monto que considera los costos directos de la elaboración del estudio, los gastos generales correspondientes y el IGV.

Advierte que, de la suma de pretensiones de los ocho (08) procesos arbitrales en curso, el Consorcio en esta misma Etapa de Estudio Definitivo y Expediente Técnico demanda casi la exagerada cantidad de 18 Millones de Nuevos Soles. Es decir, el Consorcio solicita como reconocimiento de mayores gastos generales un monto que equivale a tres veces el monto total establecido por el objeto principal de este extremo del Contrato (Expediente Técnico), que nunca concluyó ni fue aprobado por la Entidad en su totalidad (sólo hasta el informe de Avance N° 7 que representaba el 75% de avance aproximadamente).

Para SEDAPAL queda demostrado que las pretensiones de EL CONSORCIO son desproporcionadas y excesivas respecto al objeto principal de este extremo del Contrato, contraviniendo los Principios de Razonabilidad y Moralidad (Artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado), los cuales señalan que en todas las contrataciones del Estado, el objeto de los contratos deben ser razonables en términos cuantitativos y cualitativos para satisfacer el interés público, y estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, justicia y probidad; pero principalmente, contraviene el Principio de Equidad, que establece que las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, lo cual no sucede en el presente caso.

Sobre el Concurso Oferta, esta parte refiere que, en el caso de análisis de esta modalidad de contratación, en la cual el Contratista actúa primero como consultor,

  12

desarrollando el Estudio Definitivo y Elaborando el Expediente Técnico de la Obra, y posteriormente, una vez aprobado el Expediente Técnico, se encarga de la ejecución de la Obra propiamente dicha. En tal sentido, el Art. 41° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado es claro en definir los alcances de la modalidad de ejecución contractual de CONCURSO OFERTA, al indicar:

“(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 sólo podrá aplicarse en la ejecución de Obras que se convoquen bajo el sistema 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. En el caso de Obras convocadas bajo las modalidades anteriores, en que deba elaborarse el Expediente Técnico y efectuarse la ejecución de la obra, el postor deberá acreditar su inscripción en RNP como ejecutor de obras y consultor de obras. Dicha acreditación podrá ser realizada de manera individual o mediante la conformación de un consorcio.”

Nota que, la propia norma distingue los conceptos que comprende la modalidad de Concurso Oferta, más aún, si en esta modalidad se solicita que el postor acredite en el proceso de selección, su inscripción como Ejecutor de Obras y Consultor de Obras, registros que son diferentes, como puede verificarse en el RLCE. Estos requisitos constan expresamente en el Contrato N° 084 -2011- SEDAPAL, suscrito como resultado de la AMC N° 0004-2010-SEDAPAL-CO, al indicar el Registro Nacional de Proveedores del capítulo Ejecutor de Obras N°s: 06700-00023-07906 (Abengoa Perú S.A - GyM S.A. – Abengoa S.A. Sucursal Perú), y del Capítulo Ejecutor de Obras N° CO 042 (GMI S.A Ingenieros Consultores).

Además, señala que en las DEFINICIONES del RLCE, igualmente se distingue los conceptos de: CONSULTOR DE OBRAS y el de OBRA, por lo que la modalidad que se menciona- Concurso Oferta- permite efectuar en un solo proceso de selección tanto la Consultoría para el Estudio Definitivo y Elaboración del Expediente Técnico, como la Ejecución posterior de las obras propiamente dichas, una vez aprobado el Expediente Técnico.

Cita a la Dirección Técnica Normativa del OSCE, en su OPINION N° 041-2011/DN DE 15.04.2011, que al absolver una consulta sobre la modalidad de Concurso Oferta, precisa en su análisis, entre otros, lo siguiente:

“2.1.4 Por otro lado, respecto al monto sobre el que se aplicaría la penalidad, debe tenerse en cuenta que, como se mencionó líneas arriba, la ejecución de una obra bajo la modalidad de concurso oferta implica la existencia de dos prestaciones: una la elaboración del expediente técnico y la otra, la ejecución de la obra en sí,

2.3.1 (...) En el caso descrito por el consultante, un contrato bajo la modalidad de concurso oferta, el contrato no es un contrato de obra en sí, porque además de la ejecución de la obra, el contratista se ha

comprometido a elaborar el expediente técnico, es decir, es además un contrato de consultoría de obras, de acuerdo a la definición de consultor de obra del Anexo de definiciones del Reglamento.”⁷

Recuerda que, también que el RLCE en su artículo 4° “Competencias en materia de Contrataciones del Estado” establece:

*“(…) Corresponde al OSCE emitir directivas respecto a la aplicación de la Ley y su Reglamento, y aquellas que la normativa le asigne.
Es nulo de pleno derecho cualquier disposición o acto que se emita en contravención de lo dispuesto en el párrafo anterior”.*

Así pues, considera el Demandado que lo dispuesto en este artículo de la Ley es de suma importancia, por cuanto, la normativa aplicable asigna al OSCE la competencia específica de absolver consultas en materia de Contrataciones con el Estado, por lo tanto, resulta nulo de pleno derecho cualquier disposición o acto que se emita en contravención a las Opiniones que emita.

Entiende que, en el presente caso, en la Etapa de Desarrollo del Estudio Definitivo y Elaboración del Expediente Técnico, debe aplicarse lo previsto por RLCE respecto a los Contratos de Servicios (consultoría), y no las aplicables a los contratos de obra, a que la controversia ha surgido en una etapa del contrato que definitivamente no es la etapa de ejecución de Obra porque:

NO EXISTE EXPEDIENTE TÉCNICO.

NO EXISTE CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN DE OBRA.

NO EXISTE APROBACIÓN DE CALENDARIO DE AVANCE DE OBRA.

NO EXISTE DIAGRAMA DE GANTT.

NO EXISTE ADELANTO DE LA OBRA (Cláusula Segunda del contrato) y Art. 184° - Inicio del Plazo de Ejecución de Obra.

NO EXISTE UN CUADERNO DE OBRA. Aunque la supervisión lo pueda llamar así. Es también llamado Cuaderno de Proyectos o Cuaderno de Estudios, nombres que no influyen en su real naturaleza, siendo el propio Reglamento de la Ley de Contrataciones el que establece:

“Artículo 194.- Cuaderno de Obra

En la fecha de entrega del terreno, se abrirá el cuaderno de obra (...).”

(Las negritas y subrayado son nuestros)

Siendo que la entrega del terreno por ley es posterior a la aprobación del Expediente Técnico, expediente que en este caso no existe.

⁷ Consultor de Obras: La persona natural o jurídica que presta servicios profesionales altamente calificados consistentes en la elaboración del expediente técnico de obras, así como la supervisión de obras. (subrayado agregado)

Con respecto al reiterado argumento utilizado por el demandante en los otros siete (7) procesos arbitrales abiertos entre ambas partes derivados de este mismo contrato, respecto a que la existencia de un supervisor de obras probaría que se trata de un Contrato de Obra, SEDAPAL manifiesta que existe un supervisor de obras, porque el Contrato de Consultoría para la Supervisión también dividido en etapas de servicios y etapas de obra: Supervisión de la Elaboración de Estudio Definitivo y Expediente Técnico, Supervisión de Ejecución de Obra, recepción y Liquidación, e Intervención Social. Del mismo modo se exige especialistas en cada etapa para su cumplimiento.



Así, en la Cláusula Quinta del Contrato – Plazo de Ejecución, se establecen los plazos de cumplimiento para el Contrato de Supervisión probando lo que dice y estableciendo lo siguiente:

<i>"Elaboración estudio definitivo técnico</i>	<i>- 180 días naturales y expediente</i>
<i>Ejecución de Obra</i>	<i>- 480 días naturales</i>
<i>Recepción y liquidación</i>	<i>- 90 días naturales</i>
<i>Intervención Social</i>	<i>- 660 días naturales".</i>

Reitera que la Ley es clara y precisa, al igual que su Reglamento, cuerpos normativos que han sido implementados en el Contrato suscrito los dos aspectos del Concurso Oferta: Consultoría (servicios) y Ejecución de Obra (obras), obligaciones contractuales que deben ser tratadas conforme lo establece la normativa de Contrataciones del Estado en cada caso en particular, siendo que cualquier otra interpretación deviene en incorrecta, subjetiva y nula de pleno derecho.

En cuanto a los Presupuestos Deductivos, SEDAPAL expresa que, según establece el artículo 42º de la Ley, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento (15%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

Destaca que la normativa ha previsto, además, que en los contratos de ejecución de obras puedan ordenarse prestaciones adicionales cuyo costo supere el 15% del contrato, precisando que, cuando el presupuesto del adicional, por sí solo o restándole los presupuestos deductivos relacionados, no supere el 10% del monto del contrato, sea la misma Entidad la que lo apruebe; mientras que, cuando el presupuesto del adicional, por sí solo o restándole los presupuestos deductivos relacionados, supere el 10% del monto del contrato, luego de ser aprobado por la Entidad, para su ejecución y pago debe ser autorizado expresamente por la Contraloría General de la República.

  15

De lo anterior desprende esta parte que, siempre que se cumplan las condiciones y requisitos previstos por la normativa, en los contratos de obra podrá ordenarse la ejecución de prestaciones adicionales independientemente del costo de éstas, mientras que sólo podrán reducirse prestaciones en la medida que ello no tenga como consecuencia una reducción del monto del contrato superior al 15%.

De lo anterior podemos concluir que los presupuestos deductivos, que son aquellos que deben restarse del monto total del contrato por corresponder a una prestación que ya no será ejecutada por el contratista, no pueden ser superiores al 15% del monto del contrato. (VER OPINIÓN N° 022-2008/DOP).

Considera que independientemente del sistema de contratación empleado, la Entidad podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones cuando ello sea necesario para alcanzar la finalidad del contrato, más aún, cuando en un contrato de obra asuma alzada las obras se ejecuten con sujeción al proyecto de la obra, la Entidad no podrá variar el precio, aun cuando se haya ejecutado mayores o menores metrados. Más aún, cuando en un contrato de obra a suma alzada se verifiquen modificaciones o variaciones en el proyecto de la obra, el cual podrá variarse el precio, debiendo deducirse del pago el monto correspondiente a la(s) partida(s) no ejecutadas, sin que corresponda efectuar pago alguno por estas.

Precisa que en caso de ordenarse la reducción de prestaciones, el monto correspondiente a estas no puede superar el quince (15%) del monto del contrato (VER OPINIÓN N° 064-2009/DTN).

Específicamente, con relación al Presupuesto Deductivo N° 03, SEDAPAL refiere que, dentro de los alcances del Anteproyecto se consideró el diseño de la Cámara de Bombeo de Desagües CDP-01, que de acuerdo al diagnóstico se encontraba inscrita en la Partida Electrónica 70062134, en la que se superponía con dos propiedades privadas (remanente 1, Parcela B y Sección A del predio rústico denominado Cerrito de la Libertad), y a su vez, se superponía también sobre propiedad del GORE Callo; concluyendo que había duplicidad registral.

Relata que, el Supervisor mediante la Carta N°463-2011-CSV/JS del 28.11.2011, remitió la Carta N°340-2011/CNP-DP-PP de la Contratista, en la que presenta un Informe Actualizado de la gestión de saneamiento físico legal efectuada para la Cámara de Bombeo de Desagües Proyectada 01-CDP-01, en la que manifiesta la imposibilidad de utilizar el terreno según ubicación original del Anteproyecto. Asimismo, el Supervisor, a través de la Carta N°034-2012-CSV/JS del 25.01.2012 remitió la Carta N°036-2012/CNP-DP-PP de la Contratista, en la que presenta la documentación que sustentaría la reubicación de la Cámara Bombeo de Desagües Proyectada 01-CDP-01, en la que la Contratista propuso a la Entidad como ubicación, un área que a su entender, no se superponía con propiedad privada, y que se encontraba dentro del terreno de SEDAPAL (PTAR VENTANILLA), manteniéndose las dimensiones previstas en el Anteproyecto.

Agrega que, mediante la Carta N°338-2012-CSV/JS del 25.07.2012, la Supervisión comunicó la situación del terreno para ubicación de la Cámara de Bombeo de Desagües Proyectada CDP-01 y sus obras conexas, en la que señala entre otros, el impedimento de contar con la disponibilidad del terreno para el diseño y la construcción de la CDP-01, y que este hecho suscitado resulta una causal ajena a la Contratista, que podría darle derecho al reconocimiento de prórroga en la fecha de culminación de estudio, así mismo recomienda que la Entidad continúe con el Saneamiento Físico Legal de la Planta de Aguas Residuales Ventanilla dentro del Convenio Marco que posee con COFOPRI sobre la solución al referido problema de saneamiento, la cual devendrá en que se pueda efectuar el saneamiento del área donde se ha proyectado, la cual se ubicará la Cámara de Bombeo de Desagües Proyectada 01-CDP-01. A su vez, el Memorando N° 1821-2012-EGP-N del 02.05.2012, se solicitó al Equipo de Registro y Control Patrimonial su pronunciamiento sobre el compromiso de efectuar el Saneamiento Físico Legal de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Existente de Ventanilla (Activo 100045). Seguidamente, mediante el Memorando N°430-2012- ERCP del 10.08.2012, el Equipo de Registro y Control Patrimonial, nos comunica: *"Que SEDAPAL cuenta con documentación que nos permite usar el área donde se ha construido la PTAR, Respecto al tiempo que demandaría concluir con su saneamiento no es posible precisar fechas; sin embargo, este Despacho continuará con efectuar las acciones conducentes para tal fin"*.

Añade que, esta comunicación fue alcanzada a la Supervisión con Carta N° 1986-2012-EGP-N el 16.08.2012, en la que también se le recomendó instruir al Contratista a fin de que culmine con la elaboración de los diseños de dicho componente con la información técnica y/o estudios básicos previstos en los términos de referencia, y se le comunique que de acuerdo a la opinión del Equipo Registro y Control Patrimonial, la Entidad continuará con la gestión del saneamiento físico legal del terreno donde se ubica la PTAR Ventanilla, dentro de la cual está ubicada la CDP-01. Con fecha 13.09.2012 SEDAPAL fue notificada por el Contratista mediante Carta N°405-2012-CSV/JS, en relación a lo dispuesto por SEDAPAL a través la Carta N° 1986-2012-EGP-N en la que comunicó su decisión de continuar con la gestión de Saneamiento Físico Legal del terreno donde se ubicará la PTAR VENTANILLA dentro de la cual está ubicada la Cámara de Bombeo de Desagües CDP-01.

Indica que, la Supervisión teniendo en consideración el avance de la terminación de trámites sobre la partida de factibilidad, servicios y/o coordinación para pases de servidumbre y saneamiento físico legal, nos remite el Presupuesto de Reducción de Meta para la Cámara de Bombeo de Desagües CDP-01 cuyo costo directo asciende a la suma S/. 398.12 (trescientos noventa y ocho con 12/100 nuevos soles) cifra que coincide con el planteamiento del Contratista, considerado en el Asiento N°1703 de fecha 03.07.2012 para el deductivo correspondiente al Saneamiento Físico Legal de las Cámaras CDP-02 y CDP-03. Del mismo modo, mediante Informe N° 1009-2012-EGPN del 24.09.2012, el Ingeniero Gilberto Gamarra Rosales, coordinador del proyecto, recomendó continuar con el trámite

de aprobación de la Reducción de Meta para la Cámara de Bombeo de Desagüe CDP-01, considerando una reducción en la partida: Terminación de trámites de factibilidad de servicios y/o coordinación para pases de servidumbre y saneamiento físico legal, por un costo directo que asciende a la suma S/. 398.12 (trescientos noventa y ocho con 12/100 nuevos soles).

Precisa que, luego de esas actuaciones, con fecha 07.11.2012 SEDAPAL emite la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG donde se aprueba el Presupuesto Deductivo N° 03 por reducción de meta.

Sobre el Presupuesto Deductivo N° 04, SEDAPAL advierte que los Términos de Referencia, sobre el Componente del Sistema de Proyectos On Line indica lo siguiente sobre:

A) OBRAS A EJECUTAR

A continuación se describen las obras proyectadas, de las cuales la Contratista debe elaborar el Estudio Definitivo y Expediente Técnico (planos definitivos, metrados, cronogramas, presupuestos, especificaciones técnicas) con los estudios complementarios tales como: Libre Disponibilidad de Terrenos, Intervención Social, Sistema de Alimentación Eléctrica, Sistema de Automatización, Proyecto de Evaluación de Restos Arqueológicos para la obtención del CIRA (Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos), Sistema de Proyectos ON LINE, Estudios y Trámites para el desarrollo del Proyecto y obtención de autorizaciones para la PTAR y descarga de agua tratada al mar; a fin que permita la ejecución de las mismas, así mismo el Expediente Técnico se debe elaborar a nivel de ejecución de obra.

Se precisa que los Postores deben considerar dentro de su propuesta, TODOS LOS COMPONENTES según lo solicitado en los Términos de Referencia y el Anteproyecto, por lo que corresponde al Contratista ganador de la Buena Pro, establecer todos los accesorios, estructuras y complementos al desarrollar el Estudio Definitivo – Expediente Técnico; por tanto esta probable variación de metrados, no generará un adicional o un deductivo, dado que la propuesta se formula por un monto integral, considerando que los Términos de Referencia, Especificaciones Técnicas y/o Estudios de Pre Inversión, sirven de base para la Elaboración de los Estudios Definitivos – Expedientes Técnicos y Ejecución de la Obra, cuya responsabilidad es del Contratista.

B) SISTEMA DE PROYECTOS ON LINE:



18

SEDAPAL, ha implementado un Sistema de Proyectos On Line, la misma que forma parte de las innovaciones tecnológicas de nuestra empresa en cumplimiento con la política de transparencia. En ese sentido el Contratista será RESPONSABLE de:

- *Suministro, instalación, operación y mantenimiento de las Cámaras de vídeo IP en cada uno de los frentes de obra, previa coordinación con el coordinador del sistema On Line de SEDAPAL.*
- *Encendido y apagado de las cámaras IP diariamente según el avance de Obra.*
- *Alimentar de información al sistema On Line de acuerdo al avance de la obra en coordinación con el Equipo de Inversión y Ampliación de la Cobertura.*
- *Prever información del avance de la obra según especificaciones dadas por el coordinador de SEDAPAL On line.*
- *La Contratista comprará como mínimo 8 cámaras IP y en caso de robo o deterioro de las cámaras de vídeo IP, el Contratista será responsable de reponer dicho equipo.*
- *Las cámaras IP (Hardware y demás componentes) adquiridas por el Contratista, una vez terminada las obras, serán entregadas a SEDAPAL.*

Especificaciones Técnicas de las Cámaras de Vídeo

- *Cámara ptz con 350deg de movimiento panorámico y 130deg de elevación.*
- *Puerto rj45 10/100mbps.*
- *Compresión de alta calidad de vídeo mpeg4.*
- *Sincronización de audio y vídeo optimizado.*
- *Tamaño de imagen, calidad y tasa de transferencia ajustable.*
- *Calidad de imagen no menor a 30fps en vga resolución 640x480.*
- *Soporte de visión con baja luminosidad.*
- *Detección de movimiento inteligente.*
- *Protocolos tcp/ip, http, smtp,ftp,telnet, dns y dhcp.*
- *Envío de fotogramas vía ftp.*
- *Peso menor a 400 gr.*
- *Autonomía de 05 días de trabajo 24 horas.*

Argumenta que, por tal motivo, mediante el Memorando N° 557-2012-GPO de fecha 20.08.2012 la Gerencia de Proyectos y Obras, comunicó que el Sistema On Line no está siendo utilizado por nuestros Equipos de Gestión de Proyectos, por lo que solicitó que el personal de la Gerencia de Logística y Servicios realicen el inventario de los instrumentos que se utilizan con el fin de proceder a desmontarlo. Posteriormente, mediante el Memorando N° 2066-2012/EGP-N de fecha 04.09.2012 el Jefe del Equipo de Proyectos Gestión Norte, comunicó "Que en

relación al Memorando anterior se tiene en conocimiento que se solicitó la desactivación del servicio para el sistema On Line que se aplica a nuestras obras por el cual considera conveniente que se formalice las siguientes acciones a tomar:

1.- (.....)

2.- Toda Obra que considere en su Presupuesto, el Sistema On Line y este por iniciar su ejecución, deberá considerar el retiro del mismo, considerando el deductivo correspondiente”.

Refiera que, el Equipo de Proyectos Norte mediante la Carta N°2261-2012-EGP-N de fecha 14.09.2012 se comunicó con el Supervisor con la finalidad de realizar el análisis sobre el deductivo correspondiente del Sistema Online en los presupuestos de obra de acuerdo a lo dispuesto en los memorandos anteriores. Por lo que, la Supervisión puso en conocimiento al Contratista a través del Asiento N° 1891 de fecha 17.09.2012, que en dicho asiento la Contratista presentará el presupuesto de reducción correspondiente, tomando en cuenta el marco Legal del Contrato y los dispositivos legales vigentes.

La Contratista, a través del Asiento N° 1892 de fecha 17.09.2012, anota lo siguiente:

Asiento N° 1892	Del Contratista	17 de setiembre de 2012
<p>Como es de vuestro conocimiento, a la fecha el Contrato N° 084-2011-SEDAPAL ha sido resuelto en su totalidad por el Consorcio Norte Pachacutec, debido al incumplimiento injustificado de SEDAPAL de la obligación esencial referida a la falta de pago de valorización N° 08 de Intervención Social, dentro del plazo otorgado en nuestra Carta N° 268-2012/CNP-RL-PP, mediante la cual se realizó el requerimiento previo, acorde a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Resulta pertinente señalar la resolución del Contrato se realizó conforme lo estipulado en el artículo 40°, inciso c) de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 168° y 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.</p> <p>En relación a la documentación remitida en vuestro asiento N° 1891 referida a la decisión de Sedapal de no contar en sus proyectos con el sistema On Line en sus obras, lo que implicó que vuestra representada nos solicite el Presupuesto de Reducción asociado, lamentamos indicar que no podemos atender vuestro requerimiento toda vez que dada la coyuntura del Contrato N° 084-2011-SEDAPAL dicho requerimiento de reducción de meta no es legalmente procedente. Agradeceremos haga de conocimiento de la Entidad sobre el particular.</p> <p><i>Jorge Hernán Salinas de Córdova</i> INGENIERO SANITARIO REG. C.I.P. N° 22936</p>		

Explica SEDAPAL que, en virtud a lo expresado por la Contratista, la Supervisión procedió con formular el Presupuesto de Reducción N° 04, la cual fue remitida con Carta N° 437-2012-CSV/JS de fecha 19.10.2012 respecto a la reducción del Sistema On Line, cuyo costo asciende a la suma de S/ 119,004.59 sin IGV.

**PRESUPUESTO DE REDUCCION DE META N° 04
SISTEMAS DE PROYECTOS ON LINE**

Presupuesto AMPLIACION Y MEJORAMIENTO DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO PARA EL MACRO
PROYECTO PACHACUTEC DEL DISTRITO DE VENTANILLA

Descripción	MONTO
SISTEMAS DE PROYECTOS ON LINE	S/. 119,004.59
COSTO DIRECTO	S/. 119,004.59

Luego, mediante informe N° 1009-2012-EGPN de fecha 24.09.2012, el Ingeniero Gilberto Gamarra Rosales, coordinador del proyecto, recomendó en base a las conclusiones realizadas por la Supervisión de la Obra, que se debía continuar con el trámite de aprobación de la Reducción de Meta N° 04 por la eliminación del Sistema de Proyectos ON LINE, considerando la reducción del componente: Sistema de Proyectos On Line (08 Cámaras de Video IP s/especificaciones durante la obra), por un costo directo que asciende a la suma S/. 119,004.59; considerando los gastos generales, la utilidad y el IGV da un monto total de S/. 173,678.16 (ciento setenta y tres mil seiscientos setenta y ocho con 16/100 nuevos soles).

Puntualiza el Demandado, que atendiendo a esos actuados, con fecha 30.11.2012 mediante Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG se aprueba el Presupuesto Deductivo N° 04 por Reducción de Meta correspondiente al Sistema ON Line, por la suma de S/ 173,678.16 incluido gastos generales, utilidad e IGV.

En lo relativo a la Resolución del CONTRATO que invoca el CONSORCIO, por el no pago de la Valorización N° 08, valorización que fue entregada a la supervisión el 17.12.2011 por actividades de INTERVENCIÓN SOCIAL, por el monto de S/. 304,441.25 incluido el IGV, y cuyo pago se realizó el 30.07.2012, SEDAPAL manifiesta que, en el procesamiento de esta valorización y de las otras valorizaciones por el avance de los servicios relacionados con la ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO, se presenta un desliz tanto del Contratista como de la Supervisión.

En efecto, detalla esta parte que, el CONSORCIO no detalla que se le entregó un Adelanto Directo por S/. 5'531,301.38 sin IGV, para esta primera etapa referida a la Elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico e Intervención Social. EL CONSORCIO en la Carta N° 010-2011/CNP-RL-PP registrada por SEDAPAL el 01.04.2011, N° 2035 no detalla el modo y forma de aplicación del adelanto, existiendo a la fecha un saldo por amortizar de S/ 2'984,781.61 sin IGV.

Señala que debe tenerse en cuenta la oferta económica presentada por EL CONSORCIO en el Acto de la Licitación Pública, que cuenta con la certificación notarial, la cual se describe en el siguiente cuadro:

Item	Descripción	Costo Directo+Utilidad	Costo Directo+Utilidad, ajustado al plazo de 180 d.c.
C	Estudios y Diseños del Proyecto y Expediente Técnico	4,420,441.00+401,376.04= 4,821,817.04 (Plazo: 180 d.c.)	4,821,817.04
D	Intervención Social	9,106,011.91+826,825.88= 9,932,837.79 (Plazo: 660 d.c.)	(9,932,837.79 /660) x 180= 2,708,955.76
	TOTAL COSTO DIRECTO PRIMERA ETAPA		7,530,772.80

Porcentaje del adelanto otorgado para la Primera Etapa: S/. 5,531,301.38 / S/. 7,530,772.80 = 73.449%

SEDAPAL precisa que el adelanto directo otorgado para la Primera Etapa, por concepto de Elaboración del Expediente Técnico y Estudio Definitivo e Intervención Social, debe amortizarse al 100%. Sin embargo, EL CONSORCIO sólo amortizó S/ 2,546,519.77 que representa el 46%.

Asimismo, el Demandado advierte que sobre la Resolución del Contrato, que según EL CONSORCIO fuera efectuada con Carta N° 307-2012/CNP-RL-PP de fecha 26 de julio del 2012, SEDAPAL ha recurrido a la Vía Arbitral oponiéndose a dicha Resolución de Contrato.

Además, destaca que EL CONSORCIO ha venido actuando normalmente, como es de verse de los actos administrativos posteriores promovidos por éste que a continuación se mencionan, los que desvirtúan lo expresado en la Primera y Segunda Pretensión Principal:

- EL CONSORCIO, mediante Carta N° 331-2012/CNP-RL-PP entregada a la supervisión el 11 de setiembre del 2012, solicita la Ampliación de Plazo N° 17 (total) por 97 D.C, correspondiente al Componente Elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico, por la *"imposibilidad de poder realizar las Gestiones Físico-Legal y obtener la libre disponibilidad del terreno donde se proyectó la Cámara de Bombeo de Desagüe CDP-03"*, (misma causal de la Ampliación de Plazo Parcial N° 14).

Este petitorio fue denegado por la Entidad mediante Resolución N° 771-2012-GG de 24.09.2012, comunicada con Carta N° 2332-2012-EGP-N

de 24.09.2012, por las razones que en esta Resolución se mencionan, habiendo quedado consentida para todos sus efectos.

- El CONSORCIO, mediante Carta N° 332-2012/CNP-RL-PP entregada a la supervisión el 11 de setiembre del 2012, solicita la Ampliación de Plazo N° 18 (total) por 97 D.C, correspondiente al Componente Elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico, por la "imposibilidad de poder realizar las Gestiones Físico-Legal y obtener la libre disponibilidad del terreno donde se proyectó la Cámara de Bombeo de Desagüe CDP-02", (misma causal de la Ampliación de Plazo-Parcial N° 15).

Este petitorio fue denegado por la Entidad mediante Resolución N° 772-2012-GG de 24.09.2012, comunicada con Carta N° 2332-2012-EGP-N de fecha 24.09.2012, por las razones que en esta Resolución se mencionan, habiendo quedado consentida para todos sus efectos.

De otro lado, referente a la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012 y Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012, que aprueban el Presupuesto Deductivo N° 03 y el Presupuesto Deductivo N° 04 de Reducción de Meta, respectivamente, SEDAPAL aprecia, que se trata de Actos Administrativos que siguieron su curso normal, y por ende no resultan observables al no haberse contravenido norma alguna, por cuanto:

- La Supervisión en su Carta N° 405-2012-CSV/JS registrada por SEDAPAL el 13.09.2012, N° 108627, da cuenta que con Carta N° 380-2012-CSV/JS de fecha 20.08.2012 se comunicó al Contratista el Presupuesto de Reducción de Meta, sin obtener respuesta alguna.
- Que, por tal motivo el monto de la Reducción de Meta para la Cámara de Bombeo de Desagües CDP-01, asciende a S/ 512.44 incluido utilidad e IGV, para cuyo cálculo se tomó como base el costo directo precisado por el Contratista en el asiento N° 1703 de 03.07.2012, del Cuaderno de Proyectos.
- El Coordinador del Proyecto, en su Informe N° 1009-2012-EGP-N/GGR, de 26.09.2012, describe en detalle las circunstancias de esta Reducción de Meta N° 03, haciendo referencia al Informe del Supervisor según Carta N° 405-2012-CSV/JS antes citada, recomendando continuar con el proceso administrativo para la aprobación de dicha reducción.
- Por tanto, mediante Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de 07.11.2012, se aprueba el Presupuesto Deductivo N° 03 por Reducción de Meta, correspondiente a la gestión de Saneamiento Físico Legal del terreno para la construcción de la Cámara de Bombeo de Desagües CDP-01 por la asuma de S/ 512.44 incluido utilidad e IGV.
- Asimismo, la Supervisión en su Carta N° 437-2012-CSV/JS registrada por SEDAPAL el 19.10.2012, N° 122686, da cuenta que con Carta N° 2261-EGP-N de 14.09.2012, la Entidad comunicó su decisión de eliminar el

Sistema On-Line, y se consideró además se efectúe el Recorte de Meta o Presupuesto Deductivo y se proceda con la remisión del informe correspondiente dentro de los alcances previstos en la normatividad vigente.

- Agrega que la Supervisión, en concordancia con lo expresado por la Entidad se procedió a solicitar a la Contratista remita su Presupuesto de Reducción, a través del Asiento N° 1891 del supervisor de fecha 17.09.2012, cuya respuesta a través del asiento N° 1892 de 17.09.2012, señala: *"que dada la coyuntura del Contrato N° 084-2011-SEDAPAL, dicho requerimiento de reducción de meta no es legalmente procedente"*.
- En tal sentido, la Supervisión elabora el Presupuesto de Reducción para el Sistema On Line, cuyo costo asciende a la suma de S/ 119,004.59 sin incluir IGV.
- Por tal motivo, el Coordinador del Proyecto, en su Informe N° 1119-2012-EGP-N/GGR, de 31.10.2012, describe en detalle las causas de esta Reducción de Meta N° 04, haciendo referencia al Informe del Supervisor según Carta N° 437-2012-CSV/JS antes citada, recomendando continuar con el proceso administrativo sobre dicha materia.
- En consecuencia, mediante Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de 30.11.2012, se aprueba el Presupuesto Deductivo N° 04 por Reducción de Meta correspondiente al Sistema ON Line, por la suma de S/. 173,678.16 incluido Gastos Generales, Utilidad e IGV.

Por otro lado, en cuanto a la solicitud de Ineficacia de las mencionadas Resoluciones de Gerencia General, pretendida por EL CONSORCIO en su Demanda, SEDAPAL considera que dichas pretensiones no son atendibles, debido a que dichas Resoluciones están debidamente sustentadas con los Informes Técnicos y legales correspondientes.

Manifiesta que, Marcial Rubio Correa⁸ señala que:

"(...) Por el contrario, aquellos decretos y resoluciones que se refieren a problemas de naturaleza esencialmente individual o particular, como la resolución sobre peticiones, derechos y obligaciones de las persona; los que se refieran a resolución administrativa de conflictos y a los asuntos de contratación, son normas administrativas que no cesan al sistema legislativo nacional por no crear normas generales sino mandatos de naturaleza individual".

⁸ RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993, Sexta Edición. Pág. 145.

Por tanto, en aplicación al texto anterior al caso concreto, la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012 y la Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 30 de noviembre del 2012, emitidas por SEDAPAL, encajan en el concepto de Actos Administrativos que establece el artículo 1° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General:

“Artículo 1°. Concepto de Acto Administrativo

Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.

Añade, en referencia a declarar la ineficacia de las mencionadas Resoluciones de Gerencia General, sobre el particular Juan Carlos Morón Urbina⁹ señala que:

“El acto administrativo es el resultado jurídico de un proceso de exteriorización intelectual que es emanado de cualquiera de los órganos de las entidades, para concretar en un supuesto específico la potestad conferida por la ley. Al constituir el acto administrativo, una típica manifestación de poder público, conlleva fuerza vinculante por imperio del Derecho.

Este elemento comprende la naturaleza unilateral de la declaración puesto que la decisión se origina y produce por efecto de la convicción única de quien ejerce la autoridad siendo irrelevante la voluntad del administrado para generarla. Aunque el administrado participe promoviendo la decisión por su pedido, denuncia o queja, y pese que la autoridad debe cuidar el debido procedimiento, la participación del administrado por si sola carece de fuerza vinculante para generar una declaración de cualquiera de las entidades, nunca será factor determinante para obtener una decisión pues para ello se requiere solo un mandato legal, de la autoridad judicial o la propia convicción de la Administración”.

⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo. Gaceta Jurídica. 2da Edición. Pág.119.

Así pues, respecto a la validez de la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012 y de la Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 30 de noviembre del 2012, la Demandante destaca que, de acuerdo con los requisitos del acto administrativo, las resoluciones emitidas por SEDAPAL cuenta con todos los requisitos señalados en el artículo 3° de la Ley N° 27444 Ley de Procedimientos Administrativo (sujeto, competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación, procedimiento regular y forma).

En ese sentido, dichas Resoluciones no pueden ser declaradas ineficaces, porque la eficacia del acto administrativo se encuentra referido a que los actos administrativos adquieren eficacia al momento en que son notificados de conformidad con el artículo 16° de la Ley 27444 Ley de Procedimientos Administrativos, razón de ello la Entidad cumplió con remitir las resoluciones antes citada mediante la carta N° 2702-2012-EGP-N y la carta N° 2908-2012/CNP-RL-PP, respectivamente, que han sido anexadas a la demanda como Anexo 1-D y Anexo 1-F, produciéndose su eficacia a partir del día siguiente de la fecha de notificación.

En cuanto a la tercera pretensión, SEDAPAL expresa que, en la Cláusula Décimo Séptima: Solución de Controversias Numeral 1, del Contrato N° 084 -2011, derivado de Adjudicación de Menor Cuantía N° 0004-2010 SEDAPAL- CO, suscrito el 24 de Marzo del 2011 suscrito por ambas partes, las partes acordaron que los gastos, costos y costas del proceso arbitral serán de cargo de la parte solicitante o demandante, SIENDO QUE EL PAGO DE LOS MISMOS NO SERÁ MATERIA DE CONTROVERSIDAD ENTRE LAS PARTES.

Además señores árbitros, debemos manifestar que el inciso 1 del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje señala:

"El Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, EL TRIBUNAL ARBITRAL PODRÁ DISTRIBUIR Y PRORRATEAR ESTOS COSTOS ENTRE LAS PARTES, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

A la luz del artículo citado de la norma, SEDAPAL solicita se condene a la parte demandante a las costas y costos del proceso en la Decisión que ponga fin al proceso en su contra, o cuando menos, reparta los costos del proceso entre ambas partes.

Como conclusiones, SEDAPAL resalta que, a través de la supervisión ha cumplido con el procedimiento administrativo y con la normativa legal correspondiente al

informar al Contratista Consorcio Norte Pachacutec los actos y trámites, para realizar los Presupuestos Deductivos 3 y 4.

Respecto a la Resolución del Contrato, argumenta que según EL CONSORCIO fuera efectuada con Carta N° 307-2012/CNP-RL-PP de fecha 26 de julio del 2012, es del caso precisar, de una parte, que SEDAPAL ha recurrido a la Vía Arbitral oponiéndose a dicha Resolución de Contrato, y de otro lado, la Contratista ha venido actuando normalmente, como es de verse de los actos administrativos posteriores mencionados anteriormente en el análisis de las pretensiones.

Por todo ello, para esta parte, las pretensiones del Demandante deben ser declaradas infundadas por carecer de sustento legal y fáctico que las amparen.

II.5 ARGUMENTACION ADICIONAL A LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVenga AL DERECHO DEL CONSORCIO

El Tribunal Arbitral deja constancia que al realizar el análisis del presente laudo está teniendo en cuenta, todos y cada uno de los escritos presentados por EL CONSORCIO a lo largo del presente proceso.

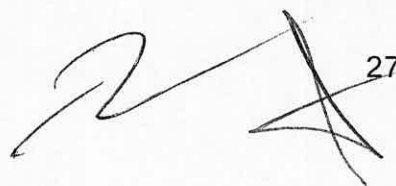
II.6 ARGUMENTACION ADICIONAL A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVenga AL DERECHO DE SEDAPAL

El Tribunal Arbitral deja constancia que al realizar el análisis del presente laudo está teniendo en cuenta todos y cada uno de los escritos presentados por SEDAPAL a lo largo del presente proceso.

II.7 MATERIAS DE PRONUNCIAMIENTOS

Con fecha 02 de septiembre de 2013 se celebró la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral, oportunidad en que, con la presencia de las partes, el Colegiado estableció las Materias de Pronunciamiento.

Así, teniendo en cuenta la demanda presentada por EL CONSORCIO con fecha 03 de julio de 2013 y la contestación a la demanda arbitral presentada por SEDAPAL con fecha 08 de agosto de 2013; en virtud del artículo 42° del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral y las partes establecieron que se resolverá sobre las siguientes materias:



27

1. *Determinar si corresponde o no que se declare la invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 7 de noviembre de 2012, que habría aprobado el Presupuesto Deductivo N° 3 por reducción de meta, debido a que a la fecha en que se emitió, el Contrato N° 084-2011-SEDAPAL habría sido resuelto por el Consorcio mediante Carta N° 307-2012/CNP-RL-PP con fecha 26 de julio de 2012.*
2. *Determinar si corresponde o no que se declare la invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 30 de noviembre de 2012, que habría aprobado el Presupuesto Deductivo N° 4 por reducción de meta correspondiente al sistema On Line, por no ajustarse a derecho, debido a que a la fecha en que se emitió, el Contrato N° 084-2011-SEDAPAL habría sido resuelto por el Consorcio mediante Carta N° 307-2012/CNP-RL-PP de fecha 26 de julio de 2012.*
3. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a SEDAPAL rembolsar a favor del Consorcio todos los gastos y costos incurridos en el presente arbitraje, incluido los honorarios profesionales contratados para la defensa en el proceso, así como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y demás efectuados para su atención.*

Asimismo, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de ajustar, reformular o prescindir, a su entera discreción, de estos puntos controvertidos, según el desarrollo de las actuaciones arbitrales o para facilitar la resolución de la controversia.

II. 8 MEDIOS PROBATORIOS

De conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 42° del Reglamento de Arbitraje del Centro, en la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento, el Tribunal Arbitral procedió a admitir las siguientes pruebas:

- Las pruebas presentadas en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" y las presentadas en el Primer Otrosí Decimos del escrito de demanda arbitral presentado por CONSORCIO NORTE PACHACUTEC con fecha 03 de julio de 2013.
- Las pruebas presentadas en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" y las presentadas en el acápite "ANEXOS" del escrito de contestación de demanda arbitral presentado por SEDAPAL con fecha 08 de agosto de 2013.

En relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo procedimiento arbitral, este Tribunal Arbitral deja constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral, que se han actuado todos los medios probatorios

presentados, incluidos los presentados con posterioridad a la realización de la Audiencia de fecha 02 de septiembre de 2013 donde las partes establecieron las Cuestiones Materia de Pronunciamiento, los que han sido evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral.

II.9 AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN

Con fecha 18 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, donde las partes presentaron su caso sustentando su posición respecto de las materias de pronunciamiento en el presente arbitraje, así como describieron los medios probatorios ofrecidos, y absolvieron las preguntas formuladas por los árbitros y de los abogados de las partes, según consta en el audio y/o video de registro de la audiencia.

En aquel acto, se dejó constancia que EL CONSORCIO reiteró su posición en el sentido que no cuestiona los montos de los deductivos 3 y 4, aplicados por SEDAPAL, sino que cuestiona la oportunidad de su aplicación, en virtud a que ésta está condicionada al resultado del proceso arbitral que conoce la materia referida a la resolución contractual (Expediente 2443-2012-CCL). En ese sentido, dicha parte Demandante reiteró su voluntad de conciliar, que fuera expresada durante el proceso conciliatorio iniciado en el 2012, consistente en que la procedencia de los Deductivos N° 3 y 4 queda sujeta al resultado del proceso arbitral que a la fecha siguen ambas partes respecto de la resolución contractual (Expediente 2443-2012-CCL); es decir, que en el supuesto que se declare en ese arbitraje, que la resolución contractual invocada por el Contratista queda sin efecto, éste reconoce la aplicación de los Deductivos 3 y 4; los que se harán efectivos en la liquidación del contrato. A su vez, en el supuesto que el laudo arbitral confirme la resolución contractual realizada por el Contratista, los referidos deductivos quedarán sin efecto.

Asimismo, en esa oportunidad, el Tribunal dispuso el cierre de la instrucción del proceso.

II.10 ALEGATOS

Con fecha 02 de octubre de 2013, dentro del plazo conferido EL CONSORCIO cumplió con presentar sus alegaciones y conclusiones finales.

Mediante Escrito presentado con fecha 17 de octubre de 2013, SEDAPAL presentó sus alegaciones y conclusiones finales.

La Audiencia de Informes Orales, que se llevó a cabo el 05 de noviembre de 2013, concurriendo únicamente SEDAPAL.



29

III. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a las pretensiones formuladas en el presente proceso arbitral, evaluando cada una de las Cuestiones Materia de Pronunciamiento fijados en la Audiencia de fecha 02 de septiembre de 2013.

DECLARACIÓN PREVIA

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; (iii) que EL CONSORCIO presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de acción; (iv) que SEDAPAL fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) que, éste Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

"El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la

presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.

En primer lugar, el Tribunal Arbitral advierte que la primera pretensión y la segunda pretensión tienen vinculación al referirse a la misma materia, como es la aplicación o no de los Presupuestos Deductivos aprobados por SEDAPAL mediante Resoluciones de Gerencia General. Consecuentemente el Colegiado emitirá su pronunciamiento analizando de manera conjunta la primera y segunda materia de pronunciamiento.

PRIMERA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO:

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE DECLARE LA INVALIDEZ Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 876-2012-GG DE FECHA 7 DE NOVIEMBRE DE 2012, QUE HABRÍA APROBADO EL PRESUPUESTO DEDUCTIVO N° 3 POR REDUCCIÓN DE META, DEBIDO A QUE A LA FECHA EN QUE SE EMITIÓ, EL CONTRATO N° 084-2011-SEDAPAL HABRÍA SIDO RESUELTO POR EL CONSORCIO MEDIANTE CARTA N° 307-2012/CNP-RL-PP CON FECHA 26 DE JULIO DE 2012”.

La primera materia de pronunciamiento corresponde a la:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, se declare la invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012, que aprueba el Presupuesto Deductivo N° 03 por reducción de meta, por no ajustarse a derecho, debido a que a la fecha en que se emitió dicho acto, el Contrato N° 084-2011-SEDAPAL había sido resuelto por el Consorcio mediante Carta N° 307-2012/CNP-RL-PP con fecha 26 de julio del 2012.

SEGUNDA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO:

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE DECLARE LA INVALIDEZ Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 980-2012-GG DE FECHA 30 DE NOVIEMBRE DE 2012, QUE HABRÍA APROBADO EL PRESUPUESTO DEDUCTIVO N° 4 POR REDUCCIÓN DE META CORRESPONDIENTE AL SISTEMA ON LINE, POR NO AJUSTARSE A DERECHO, DEBIDO A QUE A LA FECHA EN QUE SE EMITIÓ, EL CONTRATO N° 084-2011-SEDAPAL HABRÍA SIDO RESUELTO POR EL CONSORCIO MEDIANTE CARTA N° 307-2012/CNP-RL-PP DE FECHA 26 DE JULIO DE 2012”.

Esta segunda materia de pronunciamiento corresponde a la:



SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, se declare la invalidez y/o ineficacia de las Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 30 de noviembre del 2012, que aprueba el Presupuesto Deductivo N° 04 por reducción de meta correspondiente al sistema On Line, por no ajustarse a derecho, debido a que a la fecha en que se emitió dicho acto, el Contrato N° 084-2011-SEDAPAL había sido resuelto por el Consorcio mediante Carta N° 307-2012/CNP-RL-PP de fecha 26 de julio del 2012.

Sobre estas pretensiones, el Tribunal destaca que EL CONSORCIO Demandante en la Audiencia de Ilustración de Hechos de fecha 18 de septiembre de 2013 dejó constancia del alcance de las mismas, así como su posición frente a las controversias, en el sentido que no cuestiona los montos de los Deductivos 3 y 4, aplicados por SEDAPAL, sino que impugna la oportunidad de su aplicación.



Para el Tribunal la pretensión contenida en este extremo de las materias de pronunciamiento, versa sobre la ineficacia o eficacia de un acto administrativo, como es el contenido en la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012 y la Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 30 de noviembre del 2012 (las que a su vez constituyen declaraciones contractuales).

Se trata pues, de pretensiones declarativas destinadas a la verificación de una situación que condiciona que el acto administrativo sea eficaz o no.

En efecto, EL CONSORCIO ha sostenido que la aplicación de los Deductivos 03 y 04 está condicionada al resultado del proceso arbitral que conoce la materia referida a la resolución contractual (Expediente 2443-2012-CCL).

En ese sentido, dicha parte Demandante reiteró su voluntad de conciliar, que fuera expresada durante el proceso conciliatorio iniciado en el 2012, consistente en que la procedencia de los Deductivos N° 3 y 4 queda sujeta al resultado del proceso arbitral que a la fecha siguen ambas partes respecto de la resolución contractual (Expediente 2443-2012-CCL); es decir, que en el supuesto que se declare en ese arbitraje, que la resolución contractual invocada por el Contratista queda sin efecto, éste reconoce la aplicación de los Deductivos 3 y 4; los que se harán efectivos en la liquidación del contrato. A su vez, en el supuesto que el laudo arbitral confirme la resolución contractual realizada por el Contratista, los referidos deductivos quedarán sin efecto.

Para SEDAPAL cualquiera sea el resultado del proceso arbitral que conoce de la controversia respecto de la Resolución Contractual, el presupuesto Deductivo N° 03 se hará efectivo en la liquidación correspondiente a la Etapa de Elaboración de

  32

los Estudios Definitivos y Expediente Técnico y el presupuesto Deductivo N° 04 – que corresponde a la Etapa de Ejecución de Obra- no se hará efectivo al no haberse iniciado la obra, por cuanto la liquidación a realizarse sólo corresponde a la Etapa de Elaboración de los Estudios Definitivos y Expediente Técnico.

A criterio del Demandado, al margen de que la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012 se deje o no sin efecto considerando el resultado del proceso arbitral 2443-2012-CCL, para esta parte lo real es que en la liquidación de los servicios del Contratista correspondiente a la Etapa de elaboración de los Estudios Definitivos y Expediente Técnico, se descontará el equivalente a los servicios no ejecutados por el saneamiento físico legal del CDP-01 (Presupuesto Deductivo N° 03).

Igualmente, el monto de S/. 173, 678.16 con IGV que se reduce mediante la Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 30 de noviembre del 2012, corresponde a la Etapa de Ejecución de Obra, por lo que para SEDAPAL resulta indiferente que se confirme o no la vigencia de la mencionada Resolución, por cuanto no tiene efecto alguno en la liquidación de montos correspondientes a la Etapa de Elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico, ya que no se dio inicio de la obra del proyecto mencionado. Para esta parte, el Presupuesto Deductivo N° 04 no se hará efectivo al no haberse iniciado la obra, por lo que la liquidación a realizarse sólo corresponde a la Etapa de Elaboración de los Estudios Definitivos y Expediente Técnico.

Antes de analizar la discrepancia entre las partes, el Tribunal estima atinado advertir que la aplicación de Deductivos o Reducciones responde a la existencia de prerrogativas de la Administración en la ejecución de los contratos, que la doctrina reconoce como el "*Ius Variandi*" o *modificación unilateral del contrato*, y normativamente está consagrada en la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y su Reglamento:

"LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO –DECRETO LEGISLATIVO N° 1017-

Artículo 41.-Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.

Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje. (...)

Alternativamente, la Entidad podrá resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República 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 adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República. (...)".

"REGLAMENTO DE LA LCE –DECRETO SUPREMO N° 184-2008-EF-

Artículo 174°.- Adicionales y Reducciones

Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria. (...)

Igualmente, podrá disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original. (...)".

Para un sector de la doctrina administrativa, se suscitan dudas si esta prerrogativa es materia arbitrable o no.

Así, para SANZ RUBIALES¹⁰ esta potestad administrativa de modificar unilateralmente el contrato, fundada en razones de interés general, "conlleva, a la vez, la obligación del contratista de soportar la intervención administrativa y de cumplir sus prescripciones". Dicho autor advierte que:

"... estos privilegios o prerrogativas se caracterizan por una falta de precisión normativa a nivel legislativo. En concreto, plantea fuertes dudas el régimen jurídico del ius variandi. Debe presumirse que se ejercer mediante actos administrativos, dado que la orden constituye un paradigmático acto declarativo de voluntad y restrictivo de derechos e intereses (...) Debe suponerse, también, que la orden es ejecutiva desde que se dicta y notifica al destinatario, en ese caso el contratista (de acuerdo con lo que dispone el artículo 16.1 de la Ley 27444 del Procedimiento Administrativo General).

Ahora bien, si las controversias sobre el uso de esta prerrogativa se dilucidan por la vía de la conciliación y/o arbitraje ... ¿se puede, mediante el simple recurso a la vía arbitral, dejar en suspenso dicha decisión? ¿pueden los árbitros suspender la ejecución de la orden? ¿pueden anularla?

¹⁰ IÑIGO SANZ RUBIALES: "ALGUNOS PROBLEMAS DE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN DERECHO PERUANO". En "DERECHO ADMINISTRATIVO". Jurista Editores. Lima. 2004. Página 655 a 658.

Como se ve, se podría estar poniendo en manos del contratista y de los árbitros la ejecutividad de las decisiones adoptadas por la Administración; (...) ¿Eso significa que no existe la decisión ejecutoria?.

(...)

Además, el control arbitral únicamente cabría en una situación de igualdad de partes, en la que no se ejerzan potestades públicas por ninguno de los intervinientes en el acuerdo, porque la Administración no puede someter el ejercicio de sus potestades públicas a un poder que no es público ni jurisdiccional (es decir, que no es la jurisdicción contencioso-administrativa, ya sea judicial o administrativa ni la constitucional).

(...)

En definitiva, la Administración, para someterse al arbitraje administrativo, debe actuar en una materia donde no ejerza potestades (que son, per se, indisponibles). En sentido estricto, incluso el ejercicio de poderes discrecionales tampoco puede ser calificado como de libre disposición, porque la Administración no disfruta de autonomía de la voluntad: en todo caso, está vinculada positivamente a la Ley. Por lo tanto, la Administración no podría someterse al arbitraje si ejerce potestades públicas (aunque sean en vía contractual).

(...)

En definitiva, no parece factible que la Administración, tampoco cuando contrata, se someta al arbitraje de terceros, si ejerce potestades públicas. Y en esto la Ley peruana incurre en una clara contradicción, cuando admite, por una parte, las prerrogativas administrativas y por otra, el arbitraje obligatorio.

(...)

Por eso se plantean serios problemas, ¿qué pasa cuando –durante la ejecución del contrato–, la Entidad contratante ejerce el *ius variandi* y el contratista se opone, planteando la correspondiente controversia? ¿deberá determinarse por un árbitro? ¿puede un árbitro determinar la legalidad o ilegalidad del ejercicio de una determinada potestad administrativa unilateral y otorgada por Ley, como es la del *ius variandi*?”

El Tribunal no comparte este criterio doctrinal, ya que considera que en el marco de la legislación peruana, el cuestionamiento del ejercicio del *ius variandi* adoptado por una Entidad contratante, es materia arbitrable.

En efecto, siguiendo a CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA¹¹ cabe recordar que la arbitrabilidad puede definirse bajo dos criterios, uno positivo y otro negativo.

¹¹ MARIO CASTILLO FREYRE-RITA SABROSO MINAYA: “EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”. Palestra. Lima. 2009. Página 44.

En virtud del primero, se habilita a las partes a someter a arbitraje las materias sobre las que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Bajo el segundo, se dispone prohibiciones expresas para recurrir a la vía del arbitraje en caso de una controversia.

Así, el criterio positivo postula un sistema abierto e inclusivo, mientras que el criterio negativo es de naturaleza cerrada y excluyente.

Tal como señalan dichos autores, la LCE no especifica ni enumera cuáles son los derechos contractuales de libre disposición en el marco de la contratación pública.

La LCE adopta ambos criterios. Por un lado, el positivo contenido en el segundo párrafo del artículo 52 del referido dispositivo legal, en el que se contempla una enumeración de las materias arbitrables en los aspectos puntuales de *"controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato"*.

De otro lado, también la LCE prevé el criterio negativo al excluir como materia arbitrable en el citado artículo 41º: *"La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales"* y *"las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República"*.

Como se puede apreciar, la LCE no ha contemplado en la exclusión bajo comentario, a la decisión de la Entidad de disponer la reducción hasta un 25% de bienes o servicios. Por ende, al ser una exclusión cerrada que restringe derechos, no cabe la aplicación extensiva ni mucho menos analógica a supuestos diferentes. En ese sentido, las controversias sobre aplicación de deductivos no se encuentran dentro de la valla no arbitrable.

Algunas líneas argumentativas han sostenido que el ejercicio del ius variandi no puede ser materia arbitrable por dos razones: primero, por el hecho de que los recursos involucrados en un adicional o en un deductivo constituyen fondos públicos; segundo, el ejercicio de esa potestad o prerrogativa involucra el ejercicio de facultades de "ius imperium" del Estado.

En cuanto al primer fundamento, su aplicación llevaría al absurdo por cuanto al involucrar fondos públicos todas las materias de la contratación administrativa serían indisponibles y no podrían someterse a arbitraje. Por ello, compartimos la apreciación de ARRARTE y PANIAGUA¹² en el sentido que *"En efecto, si asumimos que los fondos que solventan las obras públicas son del Estado, es*

¹² ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA y CARLOS PANIAGUA GUEVARA: "APUNTES SOBRE EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO Y LA MATERIA ARBITRABLE RESPECTO DE ADICIONALES DE OBRA". En Revista Peruana de ARBITRAJE. Magna Ediciones. Lima. 2007. Página 137.

claro que no sólo aquello que excede al 10% del valor de la obra tendrá la calidad de fondo público, sino que esto ocurre desde el primer centavo comprometido con la obra, sin que por ello podamos afirmar que estemos frente a un bien indisponible”.

Respecto del segundo, debe tenerse en cuenta que los privilegios y poderes del Estado –una de cuyas manifestaciones es el principio-potestad del ius variandi o facultad de variación unilateral del contrato- que consagra el régimen exorbitante del derecho administrativo está sujeto a los límites y garantías que la Constitución y la Ley otorgan a los co-contratantes frente a la actividad contractual estatal, como son la razonabilidad, la proporcionalidad, la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, el restablecimiento del equilibrio contractual, así como el pago de las indemnizaciones y compensaciones que correspondan¹³.

Así, HUAPAYA TAPIA¹⁴ señala que “...esta modificación unilateral debe encontrarse debidamente fundamentada y/o justificada, ya que el hecho de que se permita tal potestad, ello no quiere decir que la misma se deba ejecutar sin ningún motivo o impulso que la determine, en aras de evitar la arbitrariedad y discrecionalidad en desmedro no solo del contratista sino de la seguridad jurídica y otorgar predictibilidad en las relaciones contractuales que todo Estado Democrático de Derecho lo requiera. Por tanto, de acuerdo, al principio de legalidad resulta fundamental que la norma que la autorice y/o la “cláusula exorbitante” que la contiene desarrolle los procedimientos o la metodología a seguir a efectos de restablecer el equilibrio económico contractual o en todo caso compensar e indemnizar al co-contratante de ser el caso. (...) se puede apreciar que el ejercicio de esta potestad obedece a un criterio razonable y ponderable, los cuales deben fundamentarse, propiciando con ello los límites a la invocación a dicho poder”.

No se trata de un poder o situación de “ius imperium”, sino de una opción legislativa que se aparta de consagrar una situación exorbitante en favor del Estado. La LCE al optar por hacer arbitrable los aspectos puntuales de “controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato” ha configurado una modulación de la institución del contrato administrativo que rompe el privilegio que en doctrina se conoce, en términos de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ¹⁵ como la “decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento

¹³ MARIO LINARES hace un recuento de las principales limitaciones a la “potestas variandi” que reconoce la doctrina. Ver: “EL CONTRATO ESTATAL”. Grijley. Lima . 2002. Página 161.

¹⁴ RAMÓN HUAPAYA TAPIA: “POTESTADES Y PRERROGATIVAS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL DERECHO PERUANO: BASES PARA SU CARACTERIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”. En “Aportes para un Estado Eficiente. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo”. Palestra. Lima. 2012. Página 547 y siguientes.

¹⁵ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO” Tomo I. Sexta Edición. Civitas. Madrid. 1993. Página 663.

judicial, que imponía al contratista del Estado el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si estaba disconforme con su legalidad". En efecto, en virtud del artículo 52° se prescinde de la técnica del recurso contencioso-administrativo en su aplicación al contrato administrativo. De manera que las decisiones de la Entidad sobre, el perfeccionamiento del contrato (inexistencia), sobre su eficacia, sobre su validez (nulidad), su interpretación y su ejecución (realización de prestaciones, calificación de situaciones de incumplimiento, aplicación de penalidades, prórroga del contrato, recepción, responsabilidades, etc.) deben resolverse mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo entre las partes.

Así, si bien las decisiones de la Entidad en esas materias se plasman en Resoluciones, éstas están "contractualizadas" y configuran actos contractuales cuya impugnación no se ejerce mediante los recursos previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo -Ley 27444-, sino por los indicados mecanismos de conciliación o arbitraje.

Por todo lo anterior, el Tribunal tiene la convicción racional que la decisión de SEDAPAL de aprobar Presupuesto Deductivos, puede someterse a arbitraje. Así, su revisión en sede arbitral versará sobre si el mismo es aplicable o no.

A este efecto, lo primero que advierte el Tribunal es que, uno de los prerequisites para la aplicación de Deductivos lo configura la existencia de un Contrato sobre cuyo contenido se ejerce la modificación del objeto contractual.

En ese sentido, no existe ni puede existir una modificación del contenido de un contrato que ha quedado sin efecto, la aplicación de Deductivos como expresión de la potestad de modificación del objeto y contenido del contrato, tiene como límite la vigencia del mismo.

En ese sentido, cualquier Deductivo o Reducción de Prestación Contractual sólo puede aplicarse, es decir, resultar eficaz en tanto y en cuanto el Contrato esté vigente.

Ahora bien, mediante la Resolución Contractual se deja sin efecto un contrato (artículo 1371° del Código Civil). Esto es, se trata del mecanismo mediante el cual cualquiera de las partes pone fin al Contrato (artículo 167° del RLCE).

Como es evidente, si una de las partes ejerce su opción resolutoria del contrato y ésta queda consentida, dicho contrato se extingue, por tanto en ese supuesto no tiene sentido un pronunciamiento a favor de una modificación del contrato en vía de aplicación de Presupuesto Deductivo, ya que no podría ejecutarse.

En el presente caso, la validez, imputabilidad y efectos de la Resolución del "Contrato N° 084-2011-SEDAPAL, Adjudicación de Menor Cuantía N° 0004-2010-SEDAPAL-CO, Concurso Oferta, en lo sucesivo el Contrato, cuyo objeto es la ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado para el



38

macro proyecto Pachacutec- Ventanilla", ha sido sometida por las partes a la competencia de otro Tribunal Arbitral.

Consecuentemente, para determinar la **"invalidéz y/o ineficacia"** de la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012 y de la Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 30 de noviembre del 2012, resulta indispensable conocer cuándo operó la Resolución Contractual, ya que a partir de esa fecha se puede determinar si los Presupuestos Deductivos N° 03 y 04 fueron aprobados o no cuando dicho Contrato estaba aún vigente. Es de indicar que precisamente en relación a esto que constituye el punto esencial de la discusión (es decir, si es posible o no que la entidad disponga un deductivo luego de haber quedado resuelto un contrato, obviamente de ser el caso, SEDAPAL no ha profundizado en su defensa, puesto que en esencia su posición ha sido la de indicar que las resoluciones que dispusieron los deductivos se emitieron siguiendo los procedimientos establecidos, y contándose con los informes técnicos y legales correspondientes, por lo que no resultan ni inválidas ni ineficaces.

Este Tribunal observa la existencia real de conexidad entre el presente proceso y el resultado del que conoce la materia de la Resolución Contractual, configurando un supuesto de prejudicialidad.

La prejudicialidad se presenta cuando existe una cuestión ajena a la competencia del juzgador cuya resolución es indispensable para pronunciarse sobre el fondo del litigio.

En este proceso, tal "cuestión ajena" lo es el Laudo que otro Tribunal debe emitir respecto a la Resolución Contractual, en tanto exista la incertidumbre sobre el momento en que se puso fin al CONTRATO, aún no existe una situación jurídica en vigor sobre la cual construir una pretensión para solicitar la declaración de **"invalidéz y/o ineficacia"** de la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012 y de la Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 30 de noviembre del 2012.

Resulta claro que aún no está definida en sí misma la fecha en que ha operado la Resolución de EL CONTRATO, y dicha materia se requiere que sea definida como requisito para examinar las pretensiones demandadas en el presente proceso.

Atendiendo a esas consideraciones, el Tribunal Arbitral llega a la conclusión que la Primera y Segunda Pretensión de la Demanda deben ser declaradas IMPROCEDENTES. Sin perjuicio de reconocer que la ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012 y de la Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 30 de noviembre del 2012, que aprueban los Presupuestos Deductivos N° 03 y 04 resulta condicionada a que se determine que la Resolución del "Contrato N° 084-2011-SEDAPAL, Adjudicación de Menor Cuantía N° 0004-2010-SEDAPAL-CO, Concurso Oferta", ha operado con fecha 26 de julio de 2012.



TERCERA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO:

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A SEDAPAL REMBOLSE A FAVOR DEL CONSORCIO TODOS LOS GASTOS Y COSTOS INCURRIDOS EN EL PRESENTE ARBITRAJE, INCLUIDO LOS HONORARIOS PROFESIONALES CONTRATADOS PARA LA DEFENSA EN EL PROCESO, ASÍ COMO LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y DEMÁS EFECTUADOS PARA SU ATENCIÓN.

La tercera materia de pronunciamiento corresponde a la:

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral ordene a SEDAPAL el reembolso de todos los gastos y costos incurridos en el presente arbitraje, incluido los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso, así como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y demás efectuados para su atención.

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”.

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:

*“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.**”*

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 prorratar los costos del arbitraje entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.



Sobre este particular, el Tribunal considera pertinente hacer las siguientes reflexiones:

- El artículo 69 de la Ley de Arbitraje 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. (...)”

- 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 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 partes 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?.

La respuesta de este Tribunal 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 el Tribunal no 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 por ejemplo que deban ser asumidos siempre por el Contratista. 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 contratista hubiese hecho reserva al momento de suscribir el contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal 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 este Tribunal a la fecha de emisión del presente laudo, los costos del arbitraje se limitan a los honorarios y gastos del Tribunal y de la secretaría (administración), ascendentes a S/ 35,400.00 (Treinta y cinco mil cuatrocientos con 00/100 Nuevos Soles) de los árbitros y S/. 11,800.00 (Once mil ochocientos con 00/100 Nuevos Soles) por la secretaria y administración, de los que SEDAPAL no ha asumido suma alguna.

IV. DECISIÓN

En tal sentido, por los argumentos expuestos en puntos anteriores y de acuerdo al orden de las pretensiones expuestas, el Tribunal Arbitral **EN DERECHO LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

Sin perjuicio, corresponde reconocer que la declaración de ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 876-2012-GG de fecha 07 de noviembre del 2012, que aprueba el Presupuesto Deductivo N° 03 resulta condicionada a que, la Resolución del "Contrato N° 084-2011-SEDAPAL, Adjudicación de Menor Cuantía N° 0004-2010-SEDAPAL-CO, Concurso Oferta" quede consentida en Laudo Arbitral, y que éste determine que dicha resolución contractual ha operado con fecha 26 de julio de 2012.

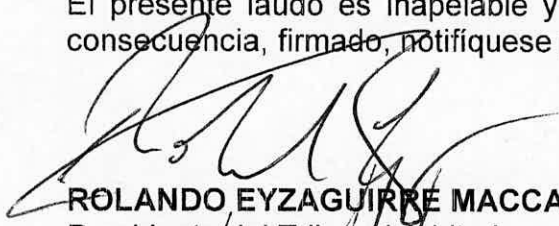
SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

Sin perjuicio, corresponde reconocer que la declaración de ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 980-2012-GG de fecha 30 de noviembre del

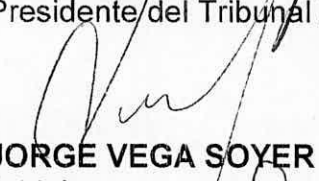
2012, que aprueba el Presupuesto Deductivo N° 04 resulta condicionada a que, la Resolución del "Contrato N° 084-2011-SEDAPAL, Adjudicación de Menor Cuantía N° 0004-2010-SEDAPAL-CO, Concurso Oferta" quede consentida en Laudo Arbitral, y que éste determine que dicha resolución contractual ha operado con fecha 26 de julio de 2012.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la DEMANDA; en consecuencia DISPÓNGASE que corresponde al DEMANDANTE asumir los costos del presente arbitraje.

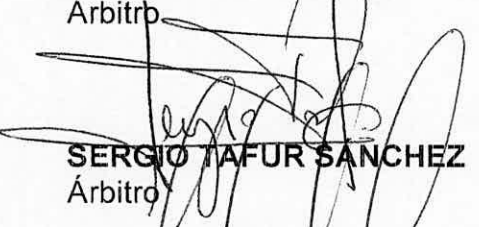
El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.



ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
Presidente del Tribunal Arbitral



JORGE VEGA SOYER
Árbitro



SERGIO TAFUR SANCHEZ
Árbitro



MARCO GÁLVEZ DÍAZ
Secretario Arbitral