

Laudo Arbitral de Derecho
CONSORCIO AZB - HCI-SEDAPAL
Lima, Noviembre de 2014

Cámara de Comercio de Lima

2014 NOV 21 PM 2 49

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

LAUDO ARBITRAL
(Resolución N° 22)

En la ciudad de Lima, con fecha 20 de noviembre de 2014, en la sede del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, sito en Av. Giuseppe Garibaldi N° 396, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima; se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Hugo Sologuren Calmet Ponte, en su calidad de Presidente, Edwin Giraldo Machado y Jorge Martín Sánchez Arriola; a fin de emitir el Laudo Arbitral, en el proceso arbitral signado con el número 2632-2013-CCL.

I. ANTECEDENTES:

- Con fecha 31 de marzo de 2010, SEDAPAL suscribió el Contrato de Prestación de Servicios N° 130-2010-SEDAPAL, derivado del Concurso Público N° 0035-2009-SEDAPAL - Ítem 01 "Servicio Integral de Actividades Comerciales", con el Consorcio AZB - HCI, en adelante "El Demandante", por el monto total del servicio ascendente a la suma de S/. 182'097,111.60 (Ciento ochenta y dos millones noventa y siete mil ciento once y 60/100 Nuevos Soles), a todo costo, incluido IGV, con un plazo de duración de treinta y seis (36) meses, contados a partir del 01 de julio de 2010.
- Con fecha 01 de agosto de 2013, el Demandante solicita el inicio del arbitraje.
- Con fecha 16 de octubre de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.
- Por escrito s/n°, presentado con fecha 14 de noviembre de 2013, El Demandante presenta su escrito de demanda. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 01, de fecha 19 de noviembre de 2013, en donde se otorga al Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL un plazo veinte (20) días hábiles para que cumpla con contestarla y, de ser el caso, formule reconvencción.
- Por escrito s/n°, presentado con fecha 19 de diciembre de 2013, SEDAPAL contesta la demanda. Mediante Resolución n.º 03, de fecha 26

de diciembre de 2013, se admite la contestación de demanda y se otorga a SEDAPAL el plazo de cinco (05) días hábiles para presentar los medios probatorios ofrecidos, citándose a las partes a la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral.

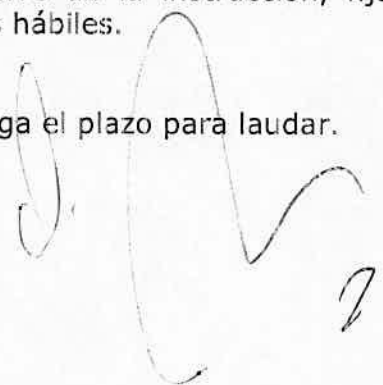
- Por escrito s/nº, presentado con fecha 09 de enero de 2014, SEDAPAL cumple con remitir la totalidad de los medios probatorios ofrecidos en la contestación de la demanda.
- Con fecha 09 de enero de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral.
- Por escrito n.º 05, presentado con fecha 28 de enero de 2014, SEDAPAL amplía la contestación de la demanda y presenta nuevos medios probatorios.
- Mediante Resolución n.º 05, de fecha 27 de enero de 2014, se tiene por subsanado el escrito presentado por SEDAPAL y se corre traslado al Demandante por el término de diez (10) días hábiles.
- Por escrito n.º 05, presentado con fecha 28 de enero de 2014, SEDAPAL amplía la contestación de la demanda y presenta nuevos medios probatorios.
- Mediante Resolución n.º 06, de fecha 06 de febrero de 2014, se tiene por presentado el escrito de SEDAPAL y se corre traslado al Demandante por el término de cinco (05) días hábiles.
- Mediante escrito presentado el 25 de febrero de 2014, el Consorcio AZE-HCI absolvió el traslado conferido expresando sus consideraciones sobre el referido escrito n.º 05 y adjuntando en calidad de medio probatorio copia del Pronunciamiento N° 234-2005/GTN y de la Opinión N° 064-2012/DTN; por lo que corresponde tenerlo presente y ponerlo en conocimiento de SEDAPAL.
- Mediante Resolución n.º 07 de fecha de fecha 18 de febrero de 2014, el Tribunal Arbitral corrió traslado a SEDAPAL con el escrito presentado por el Consorcio AZB-HCI el 11 de febrero de 2014, a través del cual, mediante segundo otrosí, solicitó se tenga por no ofrecida la declaración testimonial ofrecida por SEDAPAL, toda vez que ésta última no habría cumplido con precisar la materia y objeto de la misma.
- Mediante escrito de fecha 27 de febrero de 2014, SEDAPAL absolvió el traslado conferido, señalando que mediante su escrito de fecha 28 de enero de 2014, puesto en conocimiento de su contraparte con fecha 18 de febrero de 2014, cumplió con precisar el objeto y materia de la

declaración testimonial ofrecida, debiendo tenerse presente.

- Mediante Resolución n.º 08 de fecha de fecha 03 de marzo de 2014, el Tribunal Arbitral desestima el pedido planteado por el Demandante en el segundo otrosí decimos de su escrito presentado con fecha 11 de febrero de 2014 y cita a las partes a la Audiencia de pruebas que se llevará a cabo el 12 de marzo de 2014, a las 11:00 horas.
- Mediante escrito presentado el 06 de marzo de 2014, SEDAPAL solicitó al Tribunal Arbitral suspender y reprograma la audiencia de pruebas.
- Mediante escrito de fecha 06 de marzo de 2014, SEDAPAL amplió su contestación de demanda ofreciendo nuevos medios probatorios.
- Mediante escrito de fecha 07 de marzo de 2014, el Demandante absuelve el escrito presentado por SEDAPAL con fecha 18 de febrero de 2014.
- Mediante Resolución n.º 09, de fecha 10 de marzo de 2014, se suspende la Audiencias de pruebas.
- Mediante Resolución n.º 10, de fecha 24 de marzo de 2014, se admite el escrito de ampliación de contestación de demanda presentado por SEDAPAL y se cita a las partes a la Audiencia de pruebas que se llevará a cabo el 09 de abril de 2014, a las 16:00 horas.
- Mediante Resolución n.º 11, de fecha 10 de marzo de 2014, se cita a las partes a la Audiencia de Ilustración de Hechos, que se llevará a cabo el 09 de abril de 2014, inmediatamente después de la Audiencia de pruebas.
- Con fecha 09 de abril de 2014 se llevó a cabo las Audiencias de Pruebas y de Ilustración de Hechos.
- Mediante escrito presentado con fecha 16 de abril de 2014, el Demandante tuvo a bien precisar ciertos aspectos relacionados con las penalidades sometidas al presente proceso.
- Mediante escrito presentado con fecha 16 de abril de 2014, el Demandante se manifestó sobre la exposición realizada por SEDAPAL en la audiencia de Pruebas y de Ilustración de Hechos llevada a cabo el día 09 de abril de 2014.
- Mediante Resolución n.º 13, de fecha 22 de abril de 2014, se tiene presente los diferentes escritos presentados por el Demandante y se corre traslado de los mismos a SEDAPAL por el término de cinco (05) días hábiles.

- Mediante el escrito presentado el 20 de mayo de 2014, SEDAPAL absolvió el traslado conferido, debiendo tenerse presente y ponerse en conocimiento de su contraparte.
- Mediante Resolución n.º 14, de fecha 22 de mayo de 2014, se tiene presente el escrito presentado por SEDAPAL y se otorga a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que presenten sus alegaciones y conclusiones finales por escrito y soliciten el uso de la palabra, de considerarlo conveniente.
- Mediante escrito presentado con fecha 29 de mayo de 2014, el Demandante reconsideró la resolución n.º 14, toda vez que el Acta de Instalación estableció que se otorgaría diez (10) días hábiles a las partes a fin de que presenten sus alegaciones y conclusiones finales por escrito.
- Mediante Resolución n.º 15, de fecha 30 de mayo de 2014, se rectifica la Resolución n.º 14, en el sentido que se otorgan diez (10) días hábiles a las partes a fin de que presenten sus alegaciones y conclusiones finales por escrito y soliciten el uso de la palabra.
- Mediante el escrito presentado el 04 de junio de 2014, SEDAPAL presentó sus alegaciones y conclusiones finales y solicitó el uso de la palabra.
- Mediante el escrito presentado el 10 de junio de 2014, el Demandante presentó sus alegaciones y conclusiones finales por escrito y solicitó el uso de la palabra.
- Mediante el escrito presentado el 09 de junio de 2014, el Demandante amplió su demanda.
- Mediante el escrito presentado el 10 de junio de 2014, el Demandante presentó un escrito complementando su solicitud de ampliación de la demanda, el cual debe tenerse presente y ponerse en conocimiento de su contraparte.
- Mediante Resolución n.º 16, de fecha 16 de junio de 2014, se dispone tener por presentados los diferentes escritos presentados por las partes y correr traslado a SEDAPAL a efectos de que cumplan con pronunciarse, en el término de cinco (5) días hábiles, sobre la ampliación de la demanda formulada por el Demandante.
- Mediante escrito presentado con fecha 3 de julio de 2014, SEDAPAL se opone a la ampliación de demanda por extemporánea y solicita al Tribunal Arbitral que la declare improcedente, procediendo al cierre de la etapa de instrucción del proceso.

- Mediante Resolución n.º 17, de fecha 15 de agosto de 2014, se declara improcedente la ampliación de demanda presentada por el Demandante el pasado 09 de junio de 2014 y se resuelve citar a las partes a la Audiencia de Informe Oral para el 28 de agosto de 2014 a las 11:00 horas.
- Mediante escrito presentado con fecha 02 de julio de 2014, el Demandante realizó algunas precisiones en torno al escrito de alegatos presentado por SEDAPAL con fecha 04 de junio de 2014.
- Mediante escrito presentado con fecha 13 de agosto de 2014, el Demandante solicitó al Tribunal Arbitral que disponga la realización de una Audiencia de Informes Orales.
- Mediante Resolución n.º 18, de fecha 18 de agosto de 2014, se dispone tener presente lo manifestado por el Demandante en su escrito presentado con fecha 02 de julio de 2014 y estar a lo dispuesto mediante Resolución n.º 17.
- Mediante Resolución n.º 19, de fecha 18 de agosto de 2014, se reprograma la Audiencia de Informes Orales para el día martes 02 de setiembre de 2014 a las 11:00 horas en el local del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
- Con fecha 02 de setiembre de 2014 se realizó una Audiencia de Informes Orales, donde ambas partes tuvieron la oportunidad de sustentar sus conclusiones en relación a la presente controversia.
- Mediante escrito presentado con fecha 08 de setiembre de 2014, El Demandante presentó sus conclusiones a la Audiencia de Informes Orales, solicitando se tengan presentes al momento de la emisión del Laudo.
- Mediante escrito presentado con fecha 09 de setiembre de 2014, SEDAPAL remitió sus conclusiones finales respecto del presente arbitraje, anexando la presentación utilizada en la Audiencia de Informes Orales.
- Mediante Resolución n.º 20, de fecha 16 de setiembre de 2014, se resuelve tener presente lo manifestado por ambas partes, mediante sus escritos presentados con fecha 08 y 09 de setiembre de 2014, respectivamente y se declara el cierre de la instrucción, fijándose el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.
- Mediante Resolución n.º 21 se prórroga el plazo para laudar.



I.1 PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

1. Que el Demandante interpone demanda en contra de SEDAPAL, a efectos de que se declare fundada la siguiente pretensión:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se declare la ineficacia y/o invalidez de 65 penalidades aplicadas y descontadas que ascienden a la suma de S/. 1'485,272.50, y que se dejen sin efecto por ser arbitrarias y/o injustificadas y/o por carecer de razonabilidad y/o por no haber seguido el procedimiento contractual para su aplicación.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

De ampararse la primera pretensión principal, se ordene a SEDAPAL el reembolso de la suma de S/. 1'485,272.50 la cual ya fue descontada en las valorizaciones del Demandante.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se declare la ineficacia y/o invalidez de 3 penalidades aplicadas y descontadas que ascienden a la suma de S/. 61,527.00, y se dejen sin efecto por ser arbitrarias y/o injustificadas y/o por carecer de razonabilidad y/o por no haber seguido el procedimiento contractual para su aplicación.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

De ampararse la primera pretensión principal, se ordene a SEDAPAL se abstenga de descontar la suma de S/. 61,527.00 de las valorizaciones del Demandante.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Se ordene a SEDAPAL el cumplimiento del procedimiento establecido en las Bases y en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Prestación de Servicios N° 130-2010-SEDAPAL para la aplicación de futuras penalidades, en caso que estas se generen.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se declare que el Demandante subcontrató a la empresa FERCONSAC contando con autorización de SEDAPAL, en el marco del Contrato, la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se reconozca y pague los intereses hasta la fecha real en la que se produzca el reembolso de las sumas descontadas de nuestras valorizaciones.

2. Que la emplazada, SEDAPAL, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

I.2 PUNTOS CONTROVERTIDOS

Que, en tal sentido, y de conformidad a lo establecido en el Acta de la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral, el Tribunal deberá:

- Determinar si corresponde declarar la ineficacia y/o invalidez de sesenta y cinco (65) penalidades aplicadas y descontadas que ascienden a la suma de S/. 1'485,272.50.
- Determinar si corresponde a SEDAPAL, en caso el Tribunal Arbitral declaré la ineficacia y/o invalidez de las 65 penalidades aplicadas y descontadas que ascienden a la suma de S/. 1'485,272.50 referidas en el párrafo anterior, reembolsar a el Demandante la suma de S/. 1'485,272.50.
- Determinar si corresponde declarar la ineficacia y/o invalidez de tres (3) penalidades aplicadas y no descontadas que ascienden a la suma de S/. 61,527.00.
- Determinar si corresponde a SEDAPAL, en caso el Tribunal Arbitral declaré la ineficacia y/o invalidez de las tres (3) penalidades aplicadas y no descontadas que ascienden a la suma de S/. 61,527.00 referidas en el párrafo anterior, se abstenga de descontar dicha suma de las valorizaciones del Demandante.
- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral, ordenar a SEDAPAL el cumplimiento del procedimiento establecido en las bases y en la cláusula décimo cuarta del Contrato de Prestación de Servicios N° 130-2010-SEDAPAL para la aplicación de futuras penalidades en caso estas se generen.
- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral declarar que el Demandante subcontrató a la empresa FERCONSAC contando con la autorización de SEDAPAL en el marco del contrato, la Ley y Reglamento de contrataciones con el Estado.
- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar a SEDAPAL que reconozca y pague los intereses hasta la fecha real en la que se produzca el reembolso de las sumas descontadas de las valorizaciones del demandante.

II. CONSIDERANDOS:

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a las pretensiones formuladas en el presente proceso arbitral, evaluando cada uno de los puntos controvertidos fijados en la

Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos realizada el pasado 09 de enero de 2014.

II.1 DECLARACION PREVIA

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) este Tribunal se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito entre las partes; (ii) en ningún momento las partes impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral; (iii) El demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuesto y ejerció plenamente su derecho de acción; (iv) La demandada fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) 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, este 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.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente Laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) y la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley o la LCAE) y su Reglamento (en adelante el Reglamento o el RLCAE) aplicable a la presente controversia¹.

En atención a lo dispuesto en este marco normativo, 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.

Que, asimismo, constituyen principios esenciales que rigen todo arbitraje, sea de conciencia o de derecho, los principios esenciales de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes. En ejercicio del principio de contradicción, las partes han podido alegar y contradecir las

¹ Conforme a lo establecido en el contrato, firmado el 31 de marzo de 2010.

argumentaciones y pruebas aportadas al proceso, lo que de hecho ha sucedido en el decurso del presente arbitraje.

Que, asimismo, los medios probatorios en general tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones cuando se trata de un arbitraje de derecho; siendo sin embargo facultad de los árbitros en cualquier tipo de arbitraje decidir de manera exclusiva sobre la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

En tal sentido, 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:

"Artículo 43.- Pruebas

1. *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.*
2. *El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso."*

Efectuadas estas precisiones, corresponde proceder al análisis de los puntos controvertidos del presente proceso.

II.3 ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

II.3.1 Contrato y régimen general de la ejecución

Las partes suscribieron el contrato N° 130-2010-SEDAPAL (en adelante el Contrato) derivado del Concurso Público N° 0035-2009-SEDAPAL-ITEM 01 con fecha 31 de marzo de 2010.

De conformidad con lo establecido en la cláusula segunda del contrato, el Consorcio se obliga a ejecutar el "Servicio Integral de Actividades Comerciales" de acuerdo con los términos de referencia y por el monto de S/. 182'097,111.60 Nuevos Soles, a todo costo, incluido IGV.

En relación a la normativa legal aplicable al fondo de la controversia, las bases establecieron que el contrato se suscribe al amparo de la normativa de contrataciones públicas, Decreto Legislativo N° 1017 (la Ley) y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-

2008-EF (el Reglamento), la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, entre otras².

Por otro lado, en relación a las obligaciones de las partes, tenemos que estas se encuentran contenidas en los documentos de Bases Integradas, incluidos los Términos de Referencia y las cláusulas quinta y sexta del contrato.

II.3.2 Sobre el primer punto controvertido

Determinar si corresponde declarar la ineficacia y/o invalidez de sesenta y cinco (65) penalidades aplicadas y descontadas que ascienden a la suma de S/. 1'485,272.50.

III.3.2.1 Breve reseña de la posición del demandante

El demandante alega que SEDAPAL ha incumplido con la correcta aplicación del procedimiento establecido en la sección 'Notas' incluida en la tabla de penalidades contenida tanto en el numeral 2.14 de las Bases integradas como en la cláusula décimo cuarta del contrato de servicios.

En ese sentido señala que:

- (i) Sólo a partir de la notificación se activa el procedimiento de penalización;
- (ii) Se debe conceder la posibilidad de subsanar antes de que proceda la penalización, por lo tanto, la notificación cuando ya el incumplimiento no existe, es un incumplimiento de parte de SEDAPAL a los derechos que le corresponden conforme al contrato;
- (iii) Además, una notificación por incumplimiento no puede llegar cuando la ocurrencia ya no existe.

Por ello señala que todas las penalidades impuestas sin haberse ceñido al procedimiento de notificación previa de 24 horas, que permita la subsanación del incumplimiento y así evitar la aplicación de la penalidad, constituye una situación por la cual SEDAPAL pierde el derecho a aplicar las penalidades por esos supuestos incumplimientos.

Sustentan dicha interpretación en la cláusula décimo cuarta del contrato, las Bases y el Memorándum N° 1004-2012-EMR con su correspondiente Instructivo GC-PR-115, todo lo cual será materia de un análisis detallado en el presente Laudo Arbitral de Derecho.

² Conforme se establece en el numeral 1.10 de la Sección General "Disposiciones Comunes del Proceso de Selección".

III.3.2.2 Breve reseña de la posición del demandado

SEDAPAL ha señalado que sí ha cumplido con el procedimiento establecido para la aplicación de penalidades.

SEDAPAL alega que se ha cumplido con el procedimiento establecido en las Bases integradas y el Contrato para la aplicación de las penalidades, por lo que no corresponde dejar sin efecto ni una sola de las penalidades impugnadas por el demandante CONAZUL.

Señala además que ha procedido a aplicar las penalidades impugnadas de acuerdo al Contrato de Prestación de Servicios N° 130-2010-SEDAPAL - Ítem 01, Cláusula Sexta, el artículo 48° de la LCE, el Procedimiento interno de SEDAPAL GC-PR0123 "Aplicación de Penalidades a la Gestión de Terceros" y el Informe 021-2013-GALR/DPS, mediante el cual se determinaron los lineamientos a seguir en la revisión y aplicación de penalidades por incumplimiento contractual.

III.3.2.3 Análisis del Tribunal Arbitral

El Tribunal Arbitral aprecia que la presente controversia se circunscribe a los alcances e interpretación de las cláusulas de un contrato celebrado entre una Entidad Pública y un particular (contrato estatal), al que se le aplican las normas de la Ley y su Reglamento, por lo que se tendrá especial atención a estas disposiciones y a los principios rectores de la contratación pública y los derechos y deberes de las partes que emanan de esta normativa especial.

El colegiado efectuará el análisis del presente punto controvertido en el siguiente orden:

- a) Competencia del Tribunal Arbitral para conocer la controversia y el principio de congruencia.
- b) Debido proceso, motivación y discrecionalidad.
- c) Marco legal de las penalidades.
- d) Alcances de las "otras penalidades"
- e) Análisis de las 65 penalidades demandadas.

a) Competencia del Tribunal Arbitral y congruencia del laudo arbitral

Respecto de la competencia del Tribunal Arbitral, el artículo 40° de la Ley General de Arbitraje establece:

"Artículo 40.- Competencia del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas

y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas."

En aplicación de esta norma, el Tribunal Arbitral es competente para pronunciarse sobre toda cuestión subsidiaria, accesorio o incidental, siempre y cuando no modifique sustancialmente los términos de la controversia y en la medida que tales cuestiones resulten necesarias para la efectividad de la decisión. En esa medida, el Tribunal Arbitral debe velar por la tutela jurisdiccional efectiva reconocida en el artículo 139°, numeral 3) de la Constitución Política del Perú y por la eficacia del arbitraje como forma de solución de controversias a la que voluntariamente se han sometido las partes que suscribieron el convenio arbitral.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral no puede ir más allá de las pretensiones planteadas en la demanda pero tiene la necesidad de considerar cuestiones accesorias para resolver adecuadamente las referidas pretensiones. En tal sentido, las pretensiones contienen la materia controvertida de manera explícita y el Tribunal Arbitral las deberá resolver íntegramente, pero sin excederse de ellas. Ello es lo explícito. Los temas implícitos o accesorios son los que ineludiblemente se deben considerar para resolver las pretensiones que se han planteado a nivel arbitral.

Ahora bien, ¿qué implica que una materia sea implícita o accesorio?

El Diccionario de la Real Academia Española³ señala que lo explícito es aquello que "expresa clara y determinantemente una cosa". En este caso esas serían las pretensiones de la demanda. Por su parte, lo implícito resulta ser "lo incluido en otra cosa sin que ésta lo exprese". Asimismo, lo accesorio es definido como aquello (i) "que depende de lo principal o se une por accidente"; y (ii) secundario (no principal)". Finalmente, lo incidental está conceptuado como: (i) aquello "que sobreviene en algún asunto y tiene alguna relación con él"; o (ii) "dícese del hecho o cosa o accesorio o de menor importancia".

En virtud de lo anterior el Tribunal Arbitral para resolver la primera pretensión principal está obligado implícitamente a verificar si el procedimiento de aplicación ha sido válidamente seguido, no sólo conforme a lo establecido en el contrato, sino además conforme al debido procedimiento y el marco normativo aplicable, haya o no sido explícitamente citado en la demanda porque está implícitamente incorporado a la pretensión, lo cual hace que el Tribunal Arbitral pueda pronunciarse en base a lo que obra en el expediente.

³ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo primera edición. Madrid. 1992.

Dicho de otra manera, en la medida que las partes les han dado competencia a los árbitros para pronunciarse sobre la validez de las penalidades aplicadas al contratista, le han dado la competencia para que analice las cuestiones implícitas necesarias para resolver ello. En suma, la determinación de la validez de dichas penalidades implícitamente requiere un análisis del procedimiento en su conjunto.

El Tribunal tiene discrecionalidad suficiente para dilucidar todo aquello implícito, accesorio o afín que sea necesario para cumplir con el propósito fundamental para el que ha sido convocado: resolver la controversia con carácter de cosa juzgada (lo que implica una resolución definitiva de las pretensiones) y brindar tutela jurisdiccional efectiva a las partes. De este modo, al amparo de lo establecido en el artículo 44º de la Ley de Arbitraje, pueden resolver todo lo que sea necesario para cumplir con el encargo dado por las partes: Determinar la validez de las penalidades aplicadas al contratista.

Cabe señalar que esta labor del Tribunal debe ser realizada teniendo en cuenta el principio de congruencia, el cual impone al Juzgador la obligación de emitir una resolución que posea conexión lógica con el objeto del proceso.

El principio de congruencia exige compatibilidad entre los términos del petitorio y los del resolutorio. Este principio controla que el laudo no incurra en nulidad por "ultra petita" o "extra petita". No obstante, dentro de este marco, el principio de congruencia no limita la facultad de los árbitros de resolver todo aquello que implícitamente sea necesario resolver o todos los asuntos que sean accesorios al petitorio que, en este caso, en definitiva, se concreta a la validez de las penalidades controvertidas.

Al respecto MERINO MECHAN, José F. y José María CHILLON señalan⁴:

"(...) Centrada la cuestión, se ha de decir que doctrina consolidada que los árbitros puedan resolver no sólo las cuestiones que han sido configuradas en el convenio sino también las que deban reputarse comprendidas en el mismo como consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado"

En esa medida, para determinar la validez de las penalidades controvertidas, se realizará un control de legalidad del procedimiento para la aplicación de dichas penalidades, conforme a lo establecido en el Contrato y el marco legal aplicable.

⁴ MERINO MECHAN, José F. y José María CHILLON. Tratado de Derecho Arbitral. Madrid: Civitas, 2006, pag. 706. :

b) Debido proceso, motivación y discrecionalidad

El Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho a un debido proceso en sede administrativa tanto en su aspecto adjetivo como sustantivo, en reiterados pronunciamientos, tal y como el recaído en el Expediente N° 3075-2006-PA/TC, en cuyo fundamento Cuarto se señaló que:

"Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.,) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas." (Subrayado nuestro).

Motivación

Por otro lado, la Ley del Procedimiento Administrativo General contempla como requisito general de validez de los actos administrativos, en el numeral 4) de su artículo 3º que:

"el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico."

Esta disposición debe leerse conjuntamente con el numeral 1.2 del

artículo IV del Título Preliminar de dicha ley, en el que se señala que *"Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende (...) obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho (...)".*

La motivación del acto administrativo, según el numeral 6.1 del artículo 6º de la norma citada:

"deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado".

En este sentido, debe entenderse a la motivación como la obligación por parte de la Autoridad Administrativa, de argumentar la orientación de los actos administrativos, mecanismo necesario para permitir apreciar su grado de legitimidad y limitar el ejercicio de la arbitrariedad en la actuación pública.

Sobre el derecho de obtener una decisión motivada y fundada en derecho, Morón⁵ afirma que:

"(...) consiste en el derecho que tienen los administrados a que las decisiones de las autoridades respecto a sus intereses y derechos hagan expresa consideración de los principales argumentos jurídicos y de hecho, así como de las cuestiones propuestas por ellos en tanto hubiesen sido pertinentes a la solución del caso".

El Tribunal Constitucional ha señalado al respecto⁶:

"Asimismo, la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento; para ello no se debe utilizar las citas legales abiertas, que sólo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad, como lo establece el apartado 6.3 del artículo 6º de la norma invocada, que dispone que "no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto".

En consecuencia, el derecho a la debida motivación implica que la decisión de la Entidad debe ser producto de un razonamiento lógico, basado en el derecho vigente, y que detalle con claridad y precisión los hechos constatados que la llevaron a emitir el

⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. En. Lima. Gaceta Jurídica, año 2008. p.66

⁶ Sentencia emitida en el Expediente 090-2004-AA/TC

pronunciamiento, así como los sustentos jurídicos del mismo.

Complementando lo anterior, el artículo 10º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que serán nulos aquellos actos administrativos que carezcan de motivación.

Asimismo, este cuerpo legal aplicable supletoriamente al contrato conforme lo establecido en las Bases, establece en el artículo IV del Título Preliminar los principios del procedimiento administrativo, de los cuales, resultan relevantes pero no exclusivos, los que a continuación citamos:

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

1.1. Principio de legalidad.- *Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*

1.2. Principio del debido procedimiento.- *Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.*

(...)

1.4. Principio de razonabilidad.- *Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.*

(...)

1.7 Principio de presunción de veracidad.- *En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.*

(...)

1.11. Principio de verdad material.- *En el procedimiento, la*

autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

(...)

2. Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo."

En suma, en aplicación de este marco legal, todo procedimiento, incluyendo el de determinación de penalidades por parte de la Entidad debe respetar los criterios antes citados.

Discrecionalidad

Por otro lado, el artículo 46° de la Ley establece en su segundo párrafo:

"En caso que las normas permitan márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de acuerdo a los principios establecidos en el artículo 4° del presente Decreto Legislativo."

Sobre las facultades discrecionales de la Autoridad Administrativa, el Tribunal Constitucional ha señalado⁷:

"8. La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales.

Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo.

En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.

9. La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas

⁷ Expediente N° 090-2004-AA/TC

que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal.

De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor."

En esta misma sentencia, el Tribunal Constitucional también se refiere a la arbitrariedad:

"12.El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (vide supra), "una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica".
(...)

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

Al respecto, Tomás Ramón Fernández ["De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista Nº 080, octubre - diciembre de 1993] expone lo siguiente:

"La administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto."
(...)

Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte.

Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia."

c) Marco legal de las penalidades en controversia

En el ámbito de las contrataciones con el Estado, las prerrogativas de la Administración de dirigir y controlar el cumplimiento del contrato se manifiesta en la posibilidad de dictar instrucciones y sanciones en la ejecución del contrato y encuentra su justificación, en palabras de García de Enterría y Fernández, en el hecho evidente de que la Administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades que son de su competencia:

" [...] A la Administración contratista interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general"⁸.

En ese orden, las penalidades contractuales buscan desincentivar una mala conducta del contratista, es decir disuadir el comportamiento del incumplidor y a la vez sancionar económicamente ya sea por mora en la ejecución de las prestaciones contractuales a su cargo o por el incumplimiento de otras obligaciones derivadas del contrato y que hayan sido establecidas en las Bases.

El jurista argentino Roberto Dromi señala que la Administración tiene la facultad de imponer sanciones por las faltas contractuales que pueda cometer el contratista, las cuales pueden ser pecuniarias, coercitivas, y rescisorias. Dentro de las sanciones pecuniarias pueden ser fijas y predeterminadas y aparecer bajo la fórmula de "Cláusula Penal" o "Multas". Estas sanciones no toman en cuenta la reparación de un daño efectivo, sino que se aplican ante una conducta que transgrede lo estipulado contractualmente y que procede aunque la transgresión contractual no implique otro perjuicio para la Administración⁹.

Asimismo, Kernelmajer de Carducci señala¹⁰:

"A fin de delimitar el campo de aplicación de la cláusula penal en el derecho administrativo, nos interesan las sanciones pecuniarias. Ellas consisten en las indemnizaciones que el contratante debe pagar a la Administración en los supuestos de incumplimiento o cumplimiento irregular de las prestaciones a su cargo. Cumplen-igual que en la

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Décima Edición. Civitas. Madrid, 2000. Págs. 691-692.

⁹ DROMI, Roberto "Licitación Pública" Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pag. 509.

¹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "La Cláusula Penal", Ediciones De Depalma, Buenos Aires, 1981, pag. 488.

cláusula penal-una doble función: por un lado sirven para coaccionar o presionar al contratante a fin de que cumpla con la prestación; por el otro, prefijan la reparación de los perjuicios causados."

En nuestra legislación, el artículo 48° de la Ley de Contrataciones con el Estado aplicable al presente caso, establece:

"Artículo 48.- Intereses y penalidades

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento."

A su vez, los artículos 165° y 166° del Reglamento, regulan lo que concierne a la penalidad por mora y las otras penalidades que se pueden pactar en el contrato:

"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente (...)."

"Artículo 166.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora."

En el presente caso, la controversia es sobre las penalidades contractuales, las que tienen su respaldo legal en el artículo 166° del Reglamento antes citado, por lo que el colegiado se enfocará en analizar el alcance de este tipo de penalidades.

Las penalidades que contempla el artículo 166° del Reglamento (En adelante otras penalidades o penalidades especiales) deben ser, en primer lugar, distintas a la penalidad por mora, dado que dicho supuesto de hecho y su consecuencia ya ha sido regulado de manera exclusiva y excluyente por el legislador.

Sobre este tipo de penalidades, el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales a través de su Dirección Técnica Normativa ha señalado en la Opinión N° 020-2014/DTN:

"Precisado lo anterior, corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido los conceptos de los que deben deducirse las penalidades distintas a la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación".

No obstante, debe tenerse presente que estas penalidades tienen la misma finalidad que la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación"; esto es, desincentivar los posibles incumplimientos de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir a la Entidad por los perjuicios que sufra como consecuencia de estos incumplimientos."

Es importante además resaltar que a diferencia de la penalidad por mora, las penalidades especiales no se aplican de manera automática, sino que, a tenor de lo que desarrollaremos más adelante, las mismas se aplicarán de acuerdo al mecanismo que se fije en las Bases o en los documentos contractuales.

Además de ello, las penalidades especiales deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, lo que equivale a decir que deben estar definidas en base a criterios fácilmente determinables o determinados (objetividad), deben tener una razón suficiente que las justifique (razonabilidad) y deben guardar relación con el objeto y fines de la convocatoria que realiza la Entidad (congruencia).

Sin embargo, el Reglamento no establece el procedimiento mediante el cual se aplican las penalidades especiales, lo que sí ocurre con la penalidad por mora, razón por la cual las bases o el contrato, deben establecer entonces, como se aplicarán éstas penalidades.

Resulta relevante tener en cuenta lo indicado por la Dirección Técnico Normativa del OSCE respecto de este tipo de penalidades (Opinión 027-2010/DTN):

"(...)

2.2.1 (...) es la propia Entidad [la] que determinará en las Bases y en el contrato cuáles son esas penalidades distintas a la penalidad por mora, es decir, consignar determinados supuestos de hecho cuyo incumplimiento ameritan su aplicación, los cuales, además de ser razonables y congruentes con la prestación a cargo del contratista deben estar acompañados de un procedimiento claro y preciso de los mecanismos que accionará la Entidad para la determinación de la responsabilidad del contratista."

Como se puede apreciar, si bien el legislador ha dejado abierta la posibilidad de que las Entidades establezcan penalidades distintas a la

penalidad por mora en los contratos que celebren, dicha facultad está circunscrita a ciertos requisitos que las mismas deben cumplir.

Al respecto, resulta ilustrativo lo que indican las siguientes opiniones del OSCE:

- Opinión N° 027-2010/DTN:

"2.2. ¿Qué incumplimientos están sujetos a la aplicación de las penalidades descritas en el artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones?

2.2.1 Sobre el particular, conforme a lo establecido en el artículo 166° del Reglamento, las Bases podrán establecer penalidades distintas a la penalidad por mora, siempre que aquellas sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Al respecto, es la propia Entidad que determinará en las Bases y en el contrato cuáles son esas penalidades distintas a la penalidad por mora, es decir, consignar determinados supuestos de hecho cuyo incumplimiento ameritan su aplicación, los cuales, además de ser razonables y congruentes con la prestación a cargo del contratista deben estar acompañados de un **procedimiento claro y preciso de los mecanismos que accionará la Entidad para la determinación de la responsabilidad del contratista.**" (Resaltado agregado)

- Opinión N° 064-2012/DTN

1.1 "¿Para la aplicación de la penalidad, la Entidad debe seguir el debido procedimiento establecido; y si no existe, cómo se aplica el procedimiento para proceder con la penalidad en contra del contratista?" (sic).

A efectos de absolver la presente consulta, evaluaremos los dos supuestos en los que la normativa de contrataciones del Estado contempla la aplicación de penalidades.

El primer supuesto corresponde a la aplicación de la penalidad por mora. Al respecto, el artículo 165 del Reglamento establece que la aplicación de esta penalidad es automática, por el sólo retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. Asimismo, el mencionado artículo prevé la forma de cálculo de la penalidad diaria, la que debe multiplicarse por el número de días de incumplimiento para de obtener el monto total de la penalidad que debe aplicarse al contratista.

El segundo supuesto se refiere a la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del

Reglamento. En este caso, el contrato debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.

En tal sentido, el procedimiento para la aplicación de la penalidad por mora se encuentra previsto en el artículo 165 del Reglamento; asimismo, el procedimiento para la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe haber sido previsto por la entidad en el contrato.

Cabe precisar que si en el caso de las penalidades distintas a la penalidad por mora, en el contrato no se ha previsto los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, o la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos; y ello genera una controversia entre la entidad y el contratista sobre la aplicación de estas penalidades, dicha controversia debe ser resuelta mediante conciliación y/o arbitraje, según lo previsto en el artículo 52 de la Ley.” (Resaltado agregado)

En suma, de las opiniones antes citadas, queda claro que para la aplicación de las “Otras Penalidades”, debe existir un procedimiento para la verificación de tales incumplimientos en el contrato¹¹.

d) Alcances de las “Otras Penalidades” y la interpretación de las partes sobre el procedimiento para su aplicación

En la Cláusula Décima Cuarta del Contrato se definen las penalidades por mora así como las otras penalidades y multas, conforme a la tabla denominada Otras Penalidades y Multas:

PENALIDAD	OCURENCIA	MULTA
1	IMPLEMENTOS DE PROTECCIÓN PERSONAL, INDUMENTARIA Y FOTOCHECK	
1.1	Por no entregar a sus trabajadores la indumentaria y/o entregarla incompleta, la multa será por trabajador y por día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	1 x K
1.2	Por no entregar en la fecha a sus trabajadores, los implementos de protección personal correspondiente y/o entregarlos incompletos, la multa será por trabajador y por día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	3 x K

¹¹ Conforme con el artículo 142° del Reglamento: “ El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. (...)”

PENALIDAD	OCURRENCIA	MULTA
1.3	Por trabajador que no cuente con equipo de protección personal en el momento de estar realizando la sub-actividad: guantes, orejeras, respiradores, botas de jebe cortas y/o musleras, casco y/o lentes protectores, etc., la multa será por trabajador y por día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	3 x K
1.4	Por no entregar a sus trabajadores el fotocheck, la multa será por trabajador y por cada día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	1 x K
1.5	Por trabajador que no porta el fotocheck en todo momento y en el lugar indicado, la multa será por trabajador y por cada día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	1 x K
2	HERRAMIENTAS.	
2.1	Por cuadrilla o trabajador que no cuenta con las herramientas o las tiene incompletas, la multa será por cuadrilla o trabajador y por cada día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	3 x K
2.2	Por no renovar y/o reemplazar herramientas que se encuentran inoperativas, la multa será por cuadrilla o trabajador y por cada día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	3 x K
3	COMUNICACIONES.	
3.1	Por Coordinador, Supervisor, Trabajador o Cuadrilla que no cuenten o no funciona su equipo de comunicación, la multa será por cada personal o cuadrilla, y por cada día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	8 x K
3.2	Por no haber implementado la línea dedicada de comunicaciones para la operación "ONLINE" del sistema(s) y/o aplicativos de SEDAPAL, la multa será por cada día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	10 x K
3.3	Por no encontrarse operativa la línea dedicada de comunicaciones para la operación "ONLINE" del sistema(s) y/o aplicativos de SEDAPAL, la multa será por cada día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	10 x K
4	TRANSPORTE.	
4.1	Por trabajador o cuadrilla sin vehículo, o que éste se encuentre inoperativo o sin el logotipo correspondiente (en el lugar correspondiente) o con una antigüedad mayor a la solicitada, la multa será por trabajador o cuadrilla, y por cada día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	10 x K
4.2	Por trabajador sin motocicleta o que ésta se encuentre inoperativa, la multa será por trabajador y por día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	8 x K
5	MAQUINARIAS Y EQUIPOS.	
5.1	Por no contar permanentemente con el equipo requerido o que los tenga incompletos o en mal estado, durante la verificación que se realiza en el Centro Operativo y/o campo, la multa será por cada equipo y por día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	15 x K
5.2	Por no hacer uso de los equipos necesarios en la ejecución de la subactividad, la multa será por cada equipo y por día de transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.	8 x K
6	CALIDAD DE EJECUCIÓN DE LAS SUBACTIVIDADES.	
6.1	Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las bases, sin perjuicio de que EL CONTRATISTA corrija las observaciones sin costo alguno para SEDAPAL, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo mal ejecutado y por los días transcurridos desde la fecha en que	3 x K

PENALIDAD	OCURRENCIA	MULTA
	detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente.	
6.2	Por cada trabajo ejecutado que exceda el promedio de carga estimada por subactividad, la multa será por cada trabajador con exceso de carga y por los días transcurridos desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta las acciones correctivas pertinentes.	3 x K
6.3	Por no ejecutar la actividad o acudir después del horario establecido por SEDAPAL , la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo no ejecutado o ejecutado fuera de horario.	20 x K
7	CALIDAD DE MATERIALES.	
7.1	Por emplear materiales no autorizados por SEDAPAL en la ejecución de las subactividades, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se ejecutó el trabajo hasta la subsanación pertinente; es decir, sin perjuicio de que EL CONTRATISTA deberá retirar dicho material y reemplazarlo por otro que cumpla con las características técnicas autorizadas y normalizadas. El reemplazo será sin costo alguno para SEDAPAL .	10 x K
7.2	Por cuadrilla o trabajador que no disponga de los materiales requeridos para realizar una subactividad encomendada, la multa será por cada cuadrilla o trabajador y por los días transcurridos desde la fecha en que detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente.	5 x K
7.3	Por cuadrilla o trabajador que utilice materiales o accesorios diferentes a los indicados en la propuesta económica ganadora, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se ejecutó el trabajo hasta la subsanación pertinente; es decir, sin perjuicio de que EL CONTRATISTA deberá retirar el material y/o accesorio y reemplazarlo por otros. El reemplazo será sin costo alguno para SEDAPAL .	15 x K
7.4	Por no entregar a SEDAPAL los materiales retirados que hubieran sido cambiados por nuevos, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se ejecutó el trabajo hasta la subsanación pertinente.	5 x K
8	TRABAJO INCONCLUSO.	
8.1	Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo ya sea por falta de personal y/o materiales y/o equipos, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se programó el trabajo hasta la subsanación pertinente.	8 x K
8.2	Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.	5 x K
8.3	Por no concluir la carga de trabajo en la fecha programada según cronograma aprobado por SEDAPAL , la multa será por cada carga de trabajo y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió concluir la carga hasta la subsanación pertinente.	5 x K
9	INFORMACIÓN.	
9.1	Por no presentar y/o entregar las órdenes de servicio y/o trabajo, en la debida oportunidad establecida para cada subactividad, la multa será por orden de servicio y/o trabajo y por los días transcurridos desde su fecha de ejecución hasta la subsanación pertinente.	1 x K
9.2	Por no presentar la información solicitada en la fecha y hora establecidas para cada subactividad, o presentarla incompleta sin la debida sustentación, la multa será por cada subactividad y por los días transcurridos desde la fecha en que debió ser entregada la información hasta la subsanación pertinente.	1 x K
9.3	Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información.	5 x K

Asimismo, al final de la cláusula décimo cuarta, se establece como "notas":

NOTAS:

1. La multa será aplicada por el Jefe del Equipo Comercial, la misma que será descontada de los pagos mensuales correspondientes.
2. Detectada la infracción, **SEDAPAL** notificará al **EL CONTRATISTA** para que levante la observación en un plazo de 24 horas, dicho sustento será **evaluado por SEDAPAL** para determinar la aplicación de la multa de acuerdo a la Tabla de Penalidades.
3. Si después de aplicada la multa, la deficiencia de la falta prosiguiera, **se volverá a aplicar la sanción** hasta cuando sea subsanada.
4. La sucesión persistente de faltas, además de la aplicación de las penalidades respectivas será causal de la resolución del Contrato.
5. En caso exista concurrencia de infracciones, se aplicarán las multas en forma acumulativa.

d.1) Posición del Consorcio

Según el Consorcio lo que se establece en estas "Notas" es que la penalidad se aplicará sólo si después de notificada la infracción, no cumple con levantar la observación.

Además señala que en muchos de los casos, la notificación era efectuada cuando ya la observación había sido levantada, por lo que, ya no había justificación para que sea penalizado.

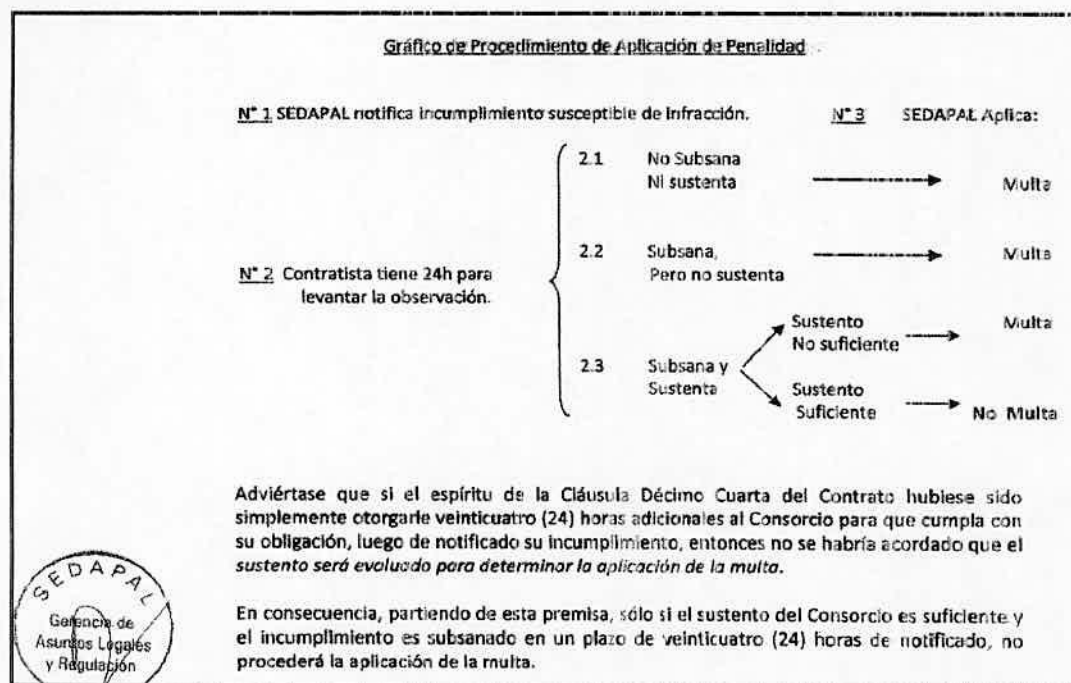
Para el consorcio, la infracción debe subsistir al momento de la notificación, pero si ya no existe, entonces ya no procede la penalidad.

d.2) Posición de SEDAPAL

Por su parte SEDAPAL señala que esa no es la interpretación correcta, y que el plazo de notificación es para que el contratista subsane y presente sus descargos, tras lo cual evaluará si aplica o no la penalidad.

Durante el proceso arbitral, como respaldo de esta interpretación, SEDAPAL ha señalado que su Gerencia de Asuntos Legales y Regulación mediante Informe Legal N° 021-2013-GALR/DPS de fecha 18.02.2013, realizó una interpretación de las Notas de la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato de Prestación de Servicios N° 130-2010-SEDAPAL - Ítem 01,

referida al procedimiento para la aplicación de penalidades, e inclusive graficó dicho procedimiento:



Según este Informe Legal el contratista tiene 24 horas para levantar la observación y se entiende por levantamiento, a la subsanación y la sustentación.

Indica que sólo si el sustento del consorcio es suficiente y el incumplimiento es subsanado en un plazo de 24 horas de notificado, no procede la aplicación de la multa.

En la sección III, "Conclusiones", del referido Informe, se señala:

"En el procedimiento de aplicación de penalidades establecido en la cláusula décimo cuarta del Contrato de Prestación de Servicios N° 130-2010-SEDAPAL, para la contratación del Servicio Integral de Actividades Comerciales, suscrito entre SEDAPAL y el Consorcio AZB-HCI, en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidos como hechos sujetos de ser penalizados, no procederá la aplicación de la multa, sólo si el incumplimiento es subsanado en un plazo de veinticuatro (24) horas de notificado y el descargo es debidamente sustentado en dicho plazo."

La conclusión del Informe Legal lo que indica es que en un plazo de 24 horas de notificado, el incumplimiento debe ser subsanado y el contratista además deberá presentar un descargo debidamente

sustentado. La entidad verificará estas dos condiciones para no aplicar la multa.

La Entidad considera que junto con el levantamiento (o subsanación) debe haber un sustento, el mismo que debe ser suficiente, esto es, una justificación para el incumplimiento.

Lo que no define es que considera como "sustento suficiente", dejando dicha determinación a la discrecionalidad de los funcionarios de los Equipos Zonales de Comas y Callao.

d.3) Evaluación del Tribunal Arbitral

El Tribunal Arbitral aprecia que en las "Notas" antes citada, existe un procedimiento para aplicar penalidades, no obstante, en la implementación de este procedimiento es que surge la controversia.

En efecto, el procedimiento establece en los numerales 2 y 3:

"(...)

2. Detectada la infracción, **SEDAPAL** notificará al **El CONTRATISTA** para que levante la observación en un plazo de 24 horas, dicho sustento será **evaluado por SEDAPAL** para determinar la aplicación de la multa de acuerdo a la Tabla de Penalidades.

3. Si después de aplicada la multa, la deficiencia de la falta prosiguiera, **se volverá a aplicar la sanción** hasta cuando sea subsanada." (resaltado agregado)

El contratista señala que esta redacción significa que una vez que se detecta la infracción, SEDAPAL debía notificar al contratista para que levante la observación en un plazo de 24 horas, y si no lo hacía, entonces recién aplicará la penalidad.

Por su parte, SEDAPAL sostiene que no basta la subsanación, sino que el contratista debería subsanar y presentar un sustento suficiente que justifique la infracción para que de esa manera no sea penalizado.

Por otro lado, de lo actuado en el presente proceso, se aprecia que existía un procedimiento interno dentro de la Entidad para la determinación y aplicación de penalidades el cual será analizado en el presente laudo.

De la revisión de las penalidades consideradas en la cláusula décimo cuarta del contrato, se aprecia que sanciona diferentes incumplimientos contractuales, como por ejemplo: (i) *Por no entregar a sus trabajadores la indumentaria y/o entregarla incompleta*, (ii) *Por no hacer uso de los equipos necesarios en la ejecución de la subactividad*, (iii) *Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas*

describas en las bases, etc. En tal medida, se debe tener en cuenta el tipo de prestación que se debe ejecutar y si el incumplimiento se agotaba en un sólo acto o podía ser una conducta continuada.

Para el Consorcio, la Entidad estaba en la obligación de otorgarle un plazo de 24 horas para que subsane luego de notificada la infracción. Bajo esta lógica, el contratista plantea que son nulas aquellas penalidades que han sido aplicadas cuando ya la infracción estaba levantada. Así por ejemplo, si el contratista no recogía el desmonte dentro de las 12 horas siguientes de efectuado el trabajo y este desmonte permanecía en el lugar por 10 días, al día 11 el contratista lo recogía y recién al día 15 la Entidad notificaba al contratista con la infracción, entonces no procedía la penalidad pues el desmonte ya no estaba al momento de la notificación.

En otro supuesto, si el personal del contratista está trabajando sin casco ni implementos de seguridad. Bajo el planteamiento del contratista, si este hecho ocurre sólo el día 1, y el día 10 SEDAPAL recién le notifica con la infracción, no procedería la penalidad pues el día 2 y los siguientes su personal tenía el uniforme completo. En tal sentido, el contratista no podía ser penalizado por el incumplimiento ocurrido el día 1.

El contratista ha planteado también que su posición es acorde con el artículo 1331° del Código Civil, señalando que es necesaria la intimación previa para que incurra en mora. El colegiado no comparte esta posición pues el artículo 142° del Reglamento, establece que sólo en lo no previsto en la ley y el reglamento, será de aplicación supletoria las normas de derecho público y sólo en ausencia de estas, las normas de derecho privado.

En el presente caso, el Reglamento establece que es posible que el contrato establezca una serie de supuestos penalizables y se aprecia que la cláusula décimo cuarta detalla una serie de situaciones que serán materia de penalidad, y además un procedimiento para los mismos.

Al respecto, es importante partir de lo que la Ley establece en su artículo 49°:

"Artículo 49.- Cumplimiento de lo pactado

Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774° del Código Civil."

El Contratista está obligado a cumplir con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier otra manifestación formal realizada en el decurso del

proceso de selección o en el contrato suscrito con la Entidad, y es en razón de esa obligación del contratista que ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, el Contratista será pasible de que la Entidad le aplique penalidades.

En tal sentido, no corresponde la aplicación supletoria del artículo 1331º del Código Civil pues no existe vacío que regular sobre este punto, pues el contrato ha establecido un procedimiento que no contempla la mora.

Por otro lado, el Tribunal Arbitral aprecia que la interpretación presentada por SEDAPAL contenida en el Informe Legal N° 021-2013-GALR/DPS es de fecha 18 de febrero de 2013 y las penalidades controvertidas son en su mayoría anteriores a la elaboración del referido Informe Legal. Asimismo, no se aprecia que SEDAPAL haya puesto en conocimiento del contratista dicha interpretación de manera previa a la aplicación de penalidades. Distinto hubiera sido el caso si es que dicho Informe hubiera sido entregado al contratista inmediatamente después de la firma del contrato, lo cual no ha sido acreditado en el presente proceso.

El contratista al momento de firmar el contrato asume la responsabilidad de cumplir con sus prestaciones sin necesidad de que la Entidad lo coaccione para ello, es por ello que acepta asumir las penalidades cuando ello no ocurra.

Por otro lado, conforme se ha visto en el presente laudo, la implementación del procedimiento de penalidades debe estar claramente definido en el contrato, de tal modo que la implementación del mismo no resulte confiscatorio para el contratista o obstructivo para que la Entidad pueda hacer la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Para el Tribunal Arbitral, el sentido correcto de una penalidad es que se aplica una vez que se ha verificado el incumplimiento contractual y siempre que el contratista no haya justificado el incumplimiento. La notificación de la infracción es para que el contratista presente sus descargos y subsane si es posible subsanar, pero, justamente en sus descargos, deberá sustentar si es responsable por el incumplimiento, si el incumplimiento no existió, si el incumplimiento es responsabilidad de un tercero. Y por su parte, la Entidad debe analizar esos descargos y pronunciarse expresando las razones que lo llevan a considerar válido o insuficiente el descargo presentado por el contratista. La pregunta que queda por responder es, de verificarse la infracción o ser insuficientes los descargos del contratista, ¿Desde cuándo se computa la aplicación de la penalidad? la respuesta está en cada una de las penalidades contempladas en la cláusula décimo cuarta, pues estas establecen desde cuándo y hasta qué momento se aplicara la penalidad. El procedimiento descrito en las notas está referido al debido proceso para que el

contratista presente sus descargos, y no constituye en modo alguno un medio para que no se le penalice si la infracción ya fue subsanada. Lo relevante en cada caso es determinar si hubo alguna justificación para que se haya producido la infracción, sino la hay, entonces corresponde la penalidad.

Ahora bien, en contratos complejos como el que nos ocupa, el procedimiento de implementación de una penalidad involucra a varios actores y al tratarse de una Entidad pública, debe efectuarse conforme los procedimientos internos de la Entidad.

Sobre el proceso de determinación de la infracción

Corresponde a SEDAPAL detectar la infracción, ¿Cómo lo hacía?, al respecto, es preciso tener en cuenta como se ejecutó el contrato. Sobre el particular, en la Audiencia de Informes Orales realizada el pasado 02 de setiembre de 2014; SEDAPAL señaló¹²

"SEDAPAL: Les decía que SEDAPAL reconocía que los Equipos Comerciales Comas y Callao no pueden hacer to... este, solos todo el trabajo de la supervisión no, de este servicio y por lo tanto designo al entonces Equipo de Micromedición y Registros para que nos apoye con el proceso de la supervisión. Pero ésta supervisión no lo hizo solo, lo hizo con el apoyo de un consorcio que se llama el Consorcio Ingeniería, no, el cual fue presentado al Consorcio AZB-HCI, antes de iniciar las actividades de implantación se le presentó no, primero en reuniones y luego se lo formalizó con una carta en la cual se le indicaba: él es el consorcio que se va a encargar de hacerte la supervisión en campo. Esa es la relación de estos... este, participantes en el servicio. Entonces el Equipo de Micromedición y Registros supervisa las actividades de implantación a través del Consorcio Ingeniería y el Consorcio Ingeniería a quien reporta directamente es al Equipo de Micromedición y Registros. ¿Qué le reporta? Le reporta el informe de supervisión en el cual consigna la cantidad de órdenes de trabajo ejecutadas, la calidad también por supuesto y las observaciones encontradas. ¿A quién le reporta? Al Equipo de Micromedición y Registros, porque existe la relación contractual entre estas dos, entre estos dos entes, el Consorcio Ingeniería y el Equipo de Micromedición y Registros y el Equipo de Micromedición y Registros reporta, una vez que recibe los informes del Consorcio Ingeniería hace suyo esos informes, no, corrige seguramente también, no, porque ellos son especializados, especialistas en la instalación de medidores y luego nos informa a nosotros, a los Equipos Comerciales, ¿Qué nos informa? Nos envía el informe de supervisión, nos envía el informe de valorización y también nos envía las observaciones y nosotros evaluamos cada uno de estos casos y procedemos a reconocer el pago, a este ah... dar conformidad a las valorizaciones y también revisamos esas observaciones, revisamos las observaciones de campo para ver si es que efectivamente son observaciones y que cumplen con el procedimiento como para notificarlos al Contratista,

¹² Declaración de funcionaria de SEDAPAL realizada a partir del minuto 47.53

porque el Equipo de Micromedición y Registros no le puede notificar directamente al Consorcio Ingeniería, perdón al Consorcio AZB-HCI las observaciones que hayan encontrado en campo, somos nosotros los que tenemos que notificar por la relación contractual que existe.

Como se puede apreciar, el control de las actividades del contratista era efectuado por SEDAPAL a través de los Equipos Comerciales, quienes a su vez se apoyaban en el Equipo de Micromedición y Registros y en el supervisor del contrato: Consorcio Ingeniería. Según la declaración transcrita, el Consorcio Ingeniería reportaba al Equipo de Micromedición y este a su vez informaba a los Equipos Comerciales, quienes eran finalmente los que contaban con facultades para reconocer el pago, revisar las observaciones y finalmente aplicar las penalidades.

Conforme ha quedado acreditado en el proceso, sobre la participación del Supervisor, el Consorcio Ingeniería, esta empresa sólo supervisaba las actividades de implantación. Las actividades de gestión, eran supervisadas directamente por SEDAPAL.

Se aprecia entonces que existía un procedimiento interno dentro de SEDAPAL desde la detección de la observación hasta la imputación al contratista. Sobre este procedimiento, también se dijo en la Audiencia de Informes Orales¹³:

Declaración de SEDAPAL: (minuto 56:07).

- ***SEDAPAL:*** Ahora voy a seguir.
- ***Presidente del Tribunal Arbitral:*** ¿Puedo hacerle una pregunta antes de que continúe?
- ***SEDAPAL:*** Sí.
- ***Presidente del Tribunal Arbitral:*** Ésa interesante explicación que nos ha hecho de... de una especie de... no sé cómo llamarlo organigrama funcional, organigrama interno, en realidad, puede llamarlo como quiera y las unidades que Ud. quiera pero es SEDAPAL ¿no? Este... es todo ese procedimiento y esa necesidad de tener diferentes unidades de control o de supervisión, eso explica por ejemplo que se hayan demorado treinta, cuarenta, cincuenta o cien días en notificar las ocurrencias, ¿Porque tenían que dar toda una serie de pasos internos?
- ***SEDAPAL:*** Sí, damos una serie de pasos internos, lamentablemente es la administración, digamos es nuestra administración, no, porque si bien es cierto el consorcio identificaba las observaciones, las comunicaba al EMR luego ellos nos comunicaban a nosotros, sí, sí es una demora.

Sobre este procedimiento interno, el contratista ha hecho referencia al Memorando N° 1004-2012-EMB de fecha 22 de mayo de 2012, señalando que no se ha cumplido con el mismo. Por su parte, SEDAPAL

¹³ Declaración de funcionaria de SEDAPAL realizada a partir del minuto 56:07

señala que este es un documento interno y no un documento contractual, por lo que, no resulta aplicable al presente caso.

Al respecto, el Tribunal Arbitral aprecia que dicho Memorando contiene un procedimiento en el que se indica que el supervisor debe efectuar una serie de acciones al momento de efectuar observaciones. No obstante, se aprecia también que este documento está referido sólo a las actividades de implantación, por tanto, no es un documento que resultaría aplicable para toda la supervisión que realizaba SEDAPAL respecto de las demás actividades que realiza el Consorcio durante la ejecución del contrato.

El Tribunal Arbitral aprecia que dicho documento si bien corresponde a la relación entre SEDAPAL y la Supervisión, no obstante es un documento que debe ser tenido en cuenta por este último para el desarrollo de su labor de fiscalización de las actividades del contratista. Sin perjuicio de ello, el colegiado no aprecia que el contenido del mismo sea contrario a lo estipulado en el contrato entre SEDAPAL y el contratista:

"Culminada la acumulación diaria de evidencias físicas (fotos y acta de observaciones), esta información será remitida por la Supervisión a Sedapal y posteriormente alcanzada a los Equipos Comerciales, dentro de los plazos de suscitado el hecho, para que notifique a la contratista de lo acontecido, con el objeto que emita su descargo respectivo, siendo determinante esta respuesta para que el administrador del contrato (Equipos Comerciales), evalúe la aplicación de la respectiva notificación y/o penalidad."

La referencia a lo que corresponde hacer al Equipo Comercial con la evidencia proporcionada por el Supervisor no es vinculante para el contrato entre SEDAPAL y el Contratista, pero considerando que el Tribunal Arbitral está determinando cual es el sentido correcto del procedimiento contractual para la aplicación de "otras penalidades", tendrá en cuenta este Memorando como medio probatorio que demuestra que la Supervisión tenía claro que debía entregar a SEDAPAL la evidencia de las infracciones cometidas por el contratista.

Durante el proceso arbitral se ha hecho referencia a la oportunidad en que el Supervisor entregaba la información a SEDAPAL y la oportunidad en que SEDAPAL trasladaba al contratista dicha información para que formule sus descargos. El Tribunal Arbitral tomará en cuenta esta demora en la verificación de cada una de las penalidades, considerando además, que la verificación que efectuaba el Consorcio Ingeniería muchas veces se refería a hechos ocurridos varios días atrás.

Sobre el procedimiento de aplicación de la penalidad.

Una vez que SEDAPAL contaba con la evidencia de que había ocurrido una infracción, corría traslado al contratista para que formule sus

descargos. Esto es propio de todo procedimiento, conforme se ha desarrollado en el presente laudo arbitral, siendo obligación de SEDAPAL conforme al marco constitucional y legal, otorgarle al contratista la oportunidad de formular sus descargos sobre la imputación.

Asimismo, es parte del derecho al debido proceso que la Entidad fundamente y explique las razones por las que aplicará las penalidades. El contratista tiene derecho a saber porque razón sus descargos fueron insuficientes y la Entidad tiene la obligación de explicar las razones por las que no ha tomado en cuenta dichos descargos, más aún cuando se trata de aplicar penalidades, considerando que esta facultad delegada a los Equipos Comerciales debía ser cumplida rigurosamente.

Adicionalmente, las penalidades tienen una naturaleza coercitiva, buscan desincentivar el incumplimiento del contratista y que este subsane el incumplimiento, por tanto, debe cumplirse rigurosamente el supuesto de hecho penalizable recogido en el contrato, y la forma como se debía computar la penalidad.

En muchos casos, no basta con verificar que se incurrió en una infracción, sino además, la penalidad pactada en la cláusula décima cuarta establece que se debía computar la misma hasta que se levante la infracción. En tal sentido, corresponde verificar si las penalidades controvertidas se ajustan a las pautas establecidas en cada penalidad. Caso contrario, no se estaría cumpliendo el mandato establecido en el contrato.

El Tribunal Arbitral procederá a continuación a analizar cada una de las penalidades controvertidas, aplicando el marco legal, los documentos contractuales y los criterios aquí establecidos a fin de determinar su validez conforme la pretensión controvertida, para lo cual asimismo, tomará en cuenta las alegaciones y medios de prueba presentados por las partes respecto de cada una de las penalidades.

e) Evaluación de las penalidades

e.1 Penalidades aplicadas por el Equipo Comercial de Comas

El demandante ha solicitado la nulidad de las siguientes penalidades, por lo que, se procederá a evaluar los documentos y alegaciones presentadas durante el proceso respecto a estas penalidades, considerando el procedimiento establecido en el contrato y el análisis efectuado en el presente laudo sobre los alcances del mismo.

Penalidad N° 03

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 1,440.00 por: (i) trabajador que no cuenta con equipo de protección personal en el momento de estar realizando la sub-actividad y; (ii) Por no emplear la señalización.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1379-2010-ECC, notificada el 19.11.10, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 063-2010/CONAZUL-MED notificada el 22.11.10 presentó sus descargos.

Posteriormente, mediante Carta N° 1438-2010-ECC notificada el 03.12.10 se penalizó al contratista con la suma de S/. 1,440.00 por las siguientes penalidades:

1.3: Trabajador que no cuente con equipo de protección personal en el momento de estar realizando la sub-actividad.

11.1: Por no emplear la señalización.

Evaluación de la penalidad

A continuación el Tribunal Arbitral procederá al análisis de cada una de estas penalidades:

a) Sobre la falta de señalización

La Entidad aplica la penalidad 11.1: Por no emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias, es decir, no conforme a la cartilla respectiva. La multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos hasta la subsanación pertinente.

La Entidad imputo al contratista que la Supervisión había reportado una mala señalización de los trabajos. En sus descargos el contratista señaló que durante el primer mes de trabajo tuvo un alto índice de robo de banderines lo que causo que se diera el caso en forma imprevista de no contar con un banderín más cinta de seguridad en la zona observada por la supervisión.

La Entidad en la carta 1438-2010 en la que aplica la penalidad, señala que el descargo del contratista es insatisfactorio y aplica la penalidad por S/. 900.00

Al respecto, se aprecia que la Entidad no ha tenido en cuenta que la penalidad 11.1 establece que la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos hasta la subsanación. La Entidad no explica las razones por las que sólo considera un día de penalidad ni tampoco señala si se ha verificado que la observación ha sido subsanada. En tal sentido, no se cumple con lo dispuesto por esta penalidad contractual, por lo que la multa aplicada es inválida.

b) Sobre la falta de equipo de protección personal

La Entidad aplicó la penalidad 1.3: Por trabajador que no cuente con equipo de protección personal en el momento de estar realizando la sub-actividad: guantes, orejeras, respiradores, botas de jebe cortas y/o musleras, casco y/o lentes protectores, etc., la

multa será por trabajador y por día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente

La Entidad imputó al contratista que la Supervisión había reportado que un operario no contaba con su casco de trabajo al momento de realizar su trabajo. En sus descargos el contratista señaló que todo su personal contaba con sus implementos de seguridad y que dicho operario sólo se había sacado el casco por un momento. La Entidad en la carta 1438-2010 en la que aplica la penalidad, señala que el descargo del contratista es insatisfactorio y aplica la penalidad por S/. 540.00.

Al respecto, se aprecia que la Entidad no ha tenido en cuenta que la penalidad 1.3 establece que la multa se aplica por trabajador y por día transcurrido desde la fecha que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente. En el presente caso, la Entidad no explica las razones por las que sólo considera un día de penalidad ni tampoco señala si se ha verificado que la observación ha sido subsanada. En tal sentido, no se cumple con lo dispuesto por esta penalidad contractual, por lo que la multa aplicada es inválida.

Conclusión:

El Tribunal Arbitral conviene en declarar inválidas las penalidades contenidas en la Carta N° 1438-2010-ECC por las razones antes expuestas.

Penalidad N° 04

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 2,160.00 por: (i) Por no ejecutar la actividad o acudir después del horario establecido por SEDAPAL.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 074-2011-ECC, notificada el 18.01.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 008-2011/GG/CONAZUL de fecha 18.01.2011 presentó sus descargos.

Posteriormente, la Entidad con carta N° 083-2011-ECC notificada al contratista el 20.01.2011 penalizó al contratista con la suma de S/. 2,160.00 por las siguientes penalidades:

6.3: Por no ejecutar la actividad o acudir después del horario establecido por SEDAPAL.

Evaluación de la penalidad

6.3: Por no ejecutar la actividad o acudir después del horario establecido por **SEDAPAL**, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo no ejecutado o ejecutado fuera de horario.

Respecto de la presente penalidad el Contratista alega en sus descargos que el día 15 de enero de 2011 SEDAPAL generó una cantidad atípica de órdenes de reaperturas simples, de acuerdo al detalle antes señalado, lo que supuestamente le impidió la ejecución de reapertura simple del suministro 3505097, alegando incluso que consideran este hecho como un caso fortuito, haciendo también referencia en su demanda a medios probatorios no presentados (acuerdo del 18.11.2010 y Carta N° 134-2010/GG/CONAZUL).

La Entidad en la carta N° 083-2011-ECC ha sustentado las razones por las desestima los descargos del contratista haciendo referencia a: (i) que las Bases señalan que las reaperturas deben realizarse el mismo día de recibida la carga de trabajo correspondiente (numeral 5.8.4 de las Bases) y (ii) que la emisión de órdenes de reapertura no fue atípica y por lo tanto no corresponde a un supuesto de caso fortuito, toda vez que en los dos meses anteriores (noviembre y diciembre del 2010) se aprecia un nivel más alto de reaperturas ejecutadas diariamente (noviembre de 2010). Asimismo, respecto al cálculo de la penalidad, la Entidad ha procedido conforme lo establece la penalidad 6.3, pues se indica que la penalidad corresponde a la demora en la atención de una reapertura simple que no se ejecutó dentro de los plazos establecidos por SEDAPAL.

En tal sentido, se cumple con el supuesto de la penalidad 6.3 y por tanto la penalidad es válida.

Penalidad N° 06

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 10,800.00 por: (i) Por presentar información falseada o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 257-2011-ECC, notificada el 02.03.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 009-2011/GG/CONAZUL notificada el 10.03.2011 presentó sus descargos.

Posteriormente, con carta N° 370-2011-ECC notificada el 16.03.2011 se penalizó al contratista con la suma de S/. /. 10,800.00 por la penalidad 9.3.

Evaluación de la penalidad

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom right of the page.

9.3: *Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información.*

La imputación de la Entidad es respecto al reporte que hizo CONAZUL con correo electrónico del 4.02.2011, donde reportó que el día **27.01.2011** instaló el medidor E110119223 con Orden de Trabajo (en adelante OT) 95871296, perteneciente al Suministro 6017703, sin embargo, el Aviso de Movimiento de Medidor consignan como fecha de ejecución el **12.02.2011**.

El descargo del contratista fue presentado en forma extemporánea, según señala porque fue remitido a la sede Callao. Sin embargo, la Entidad toma en cuenta este descargo en la carta 370-2011-ECC en donde señala que la carta del contratista no contiene una respuesta satisfactoria que levante la observación. No obstante, la Entidad no sustenta porque razón es que computa 10 días para aplicar la penalidad. Cabe tener presente que la penalidad 9.3 establece que la multa será por los días de atraso en subsanar la información inexacta, pero en este caso, la Entidad no está sustentando porque considera que el contratista subsano la información inexacta en un plazo de 10 días. En tal sentido, no se cumple con el supuesto contenido en la penalidad 9.3 por lo que, la penalidad es inválida.

Penalidad N° 07

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 5,400.00 por: (i) Por presentar información falsa o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 256-2011-ECC, notificada el 02.03.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 009-2011/CONAZUL-MED notificada el 10.03.2010 presentó sus descargos.

Posteriormente, mediante Carta N° 371-2011-ECC del 15.03.2011 se penalizó al contratista con la suma de S/. 5,400.00 por las siguientes penalidades:

9.3: Por presentar información falsa o errada.

Evaluación de la penalidad

9.3 *Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información*

El descargo del contratista fue presentado en forma extemporánea, según señala porque fue remitido a la sede Callao.

Al respecto, la Entidad señala que recibió la respuesta fuera del plazo concedido y conteniendo sustentos que reafirman los hechos observados.

No obstante, la Entidad no sustenta porque razón es que computa 10 días para aplicar la penalidad. Cabe tener presente que la penalidad 9.3 establece que la multa será por los días de atraso en subsanar la información inexacta, pero en este caso, la Entidad no está sustentando porque considera que el contratista subsanó la información inexacta en un plazo de 10 días. En tal sentido, no se cumple con el supuesto contenido en la penalidad 9.3 por lo que, la penalidad es inválida.

Penalidad N° 11

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 9,072.00 por: (i) Por cada trabajo ejecutado que exceda el promedio de carga estimada por subactividad.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 380-2011-ECC, notificada el 21.03.11, SEDAPAL requirió al Consorcio para que en el plazo de 24 horas presente sus descargos respecto a los resultados obtenidos al control de carga de lecturas asignados a los tomadores de estado.

El Consorcio, a través de la Carta N° 059-2011/GG/CONAZUL notificada el 22.03.11 presentó sus descargos.

Posteriormente, mediante Carta N° 408-2011-ECC notificada el 28.03.2011 se penalizó al contratista con la suma de S/. 9,072.00 por las siguientes penalidades:

6.2: Por cada trabajo ejecutado que exceda el promedio de carga estimada por subactividad.

Evaluación de la penalidad

6.2 Por cada trabajo ejecutado que exceda el promedio de carga estimada por subactividad, la multa será por cada trabajador con exceso de carga y por los días transcurridos desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta las acciones correctivas pertinentes

La Entidad señala que tras el control de carga de lecturas asignados a los tomadores de estado en el mes de febrero de 2011 detectó que del total de 32 lectores, 28 excedieron el promedio de la carga establecida.

El Contratista ha señalado que las Bases permiten rendimientos mayores al 10% no sujeto a penalización siempre y cuando se acredite que dicho rendimiento ha sido alcanzado aplicando otras metodologías de trabajo, siempre y cuando se respete la carga laboral del trabajador en 08 horas diarias y/o 48 horas semanales, siendo que además mediante Carta 2188-2010 Ec-Ca de fecha 30 de septiembre de 2010 el administrador del ítem 01 del SIAC autorizó la variación de rendimientos en un 10%.

La Entidad en su carta N° 408-2011-ECC señala que los reportes que adjuntó el contratista en sus descargos evidencian inconsistencias en el registro de la toma de estado. Por otro lado, al momento de calcular la penalidad 6.2 la Entidad no sustenta como es que obtiene la suma de S/. 9,072.00 de penalidad ni tampoco si ha verificado cuando es que el contratista tomó las acciones correctivas, información relevante para determinar la procedencia de esta penalidad.

En tal sentido, se aprecia que la multa aplicada por la Entidad no se ajusta al procedimiento establecido en la penalidad 6.2 respecto a la forma de computar los días de penalidad, razón por la cual, se declara inválida la penalidad.

Penalidad N° 12

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 63,720.00 por: (i) Por no concluir completamente una carga de trabajo en la fecha establecida.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 390-2011-ECC, notificada el 24.03.11, SEDAPAL requirió al Consorcio que presente sus descargos sobre órdenes de servicio no informadas oportunamente.

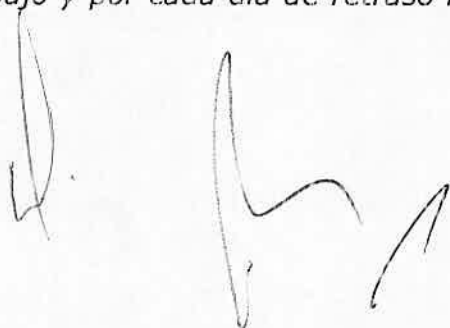
El Consorcio, a través de la Carta N° 061-2011/GG/CONAZUL notificada el 25.03.11 presentó sus descargos.

Posteriormente, mediante carta N° 423-2011-ECC del 31.03.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 63,720.00 por las siguientes penalidades:

10.3: Por no concluir completamente una carga de trabajo en la fecha establecida.

Evaluación de la penalidad

10.3: *Por no concluir completamente una carga de trabajo en la fecha establecida en los procesos constructivos para cada subactividad, la multa será por cada carga de trabajo y por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente.*



Mediante carta N° 390-2011/EC-C notificada al contratista el 24.03.2011, el Jefe del Equipo Comercial de Comas de SEDAPAL señaló:

"Mediante el presente me dirijo a usted, con la finalidad de informarle que se ha observado cargas de ordenes de servicio no informadas oportunamente, las mismas que a la fecha no han sido devueltas conforme se detalla en el Anexo 01."

El contratista en su descargo presentado con carta N° 061-2011/GG/CONAZUL el 25.03.2011 señaló que:

"A la fecha no se tiene carga de Órdenes de Servicio pendiente por ejecutar y reportar del área de facturación según anexo adjunto (Resumen de cargas decepcionadas y reportadas a Sedapal). Asimismo de existir diferencias en su sistema, les agradeceremos facilitarnos la información necesaria para hacer el cruce respectivo con nuestra base de datos."

Posteriormente la Entidad aplica la penalidad mediante Carta N° 423-2011/EC-C, por lo cual el contratista solicita una reconsideración de dicha penalidad mediante Carta N° 064-2011-GG/CONSORCIO AZB-HCI, la misma que es desestimada por la Entidad, ratificándose mediante Carta N° 456-2011/EC-C.

El Tribunal Arbitral aprecia que la Entidad aplicó la penalidad sin sustentar el monto de la penalidad aplicada. Si bien en la carta N° 423-2011/EC-C indica que la penalidad es "por no concluir completamente las cargas de trabajo en la fecha establecida".....y además: "*Por no devolver las cargas de órdenes de servicio en su totalidad en el periodo del 05.03.2011 al 18.03.2011...*", sin embargo, no explica cómo es que ha determinado la fecha de la subsanación de la observación.

En tal sentido, se aprecia que no se ha cumplido con el procedimiento de cómputo de la penalidad 10.3 por lo que, la multa aplicada por la Entidad es inválida.

Penalidad N° 14

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 1,404.00 por: (i) Por no emplear la señalización.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 452-2011-ECC, notificada el 06.04.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 075-2011/GG/CONAZUL notificada el 13.04.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 551-2011-ECC del 26.04.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 1,404.00 por las siguientes penalidades:

11.1: Por no emplear la señalización.

5.2: Por no hacer uso de los equipos necesarios.

Evaluación de la penalidad

11.1: *Por no emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias, es decir, no conforme a la cartilla respectiva. La multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos hasta la subsanación pertinente.*

5.2: *Por no hacer uso de los equipos necesarios en la ejecución de la subactividad, la multa será por cada equipo y por día de transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.*

Respecto de la presente penalidad la Entidad señala que a través de la Carta N° 092-2011-INGENIERÍA se evidenciaron los siguientes incumplimientos por parte del Contratista: (i) mala señalización en los trabajos realizados en Calle 119 Mz. 01 Lt. 06 A.H. Los Olivos de Pro y (ii) la cuadrilla 5JOM no contaba con la cantidad necesaria de pisones, señalándose además en el anexo que asimismo faltaba una cortadora de concreto; apoyando dichas aseveraciones con evidencia fotográfica.

En lo referido a la mala señalización el Contratista señala que dicha observación fue levantada el mismo día de la ejecución de las labores, lo que queda evidenciado por la aprobación del trabajo por parte del Consorcio Ingeniería el mismo día en que fue realizado.

En lo referido a la falta de uso de herramientas, las bases no establecen al pison ni a la cortadora de concreto como herramientas requeridas para las labores del contratista, con lo que no puede ser un incumplimiento aquello que este no debía cumplir; por lo que no procede sobre este extremo la aplicación de la penalidad.

La Entidad en la carta 551-2011 señala que los descargos fueron presentados en forma extemporánea y además resulta insatisfactoria por lo que procede a aplicar la penalidad.

Al respecto, el Tribunal Arbitral aprecia que la Entidad no ha sustentado la forma como ha computado la penalidad 11.1 que establece que la misma procede hasta la subsanación pertinente. El descargo del contratista señala que la observación fue subsanada el mismo día, con lo cual, podría considerarse un día como periodo de computo, pero la Entidad en la carta 551-2011 indica que dicho descargo es insuficiente. En tal sentido, no se aprecia cómo es que la Entidad ha determinado que

la observación fue subsanada al día siguiente. En el mismo sentido respecto de la penalidad 5.2, que establece que se debe considerar el levantamiento de la observación, lo cual no se aprecia que la Entidad haya verificado al momento de aplicar la penalidad.

En tal sentido, el Tribunal declara inválida esta penalidad.

Penalidad N° 17

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 23,328.00 por: (i) Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 650-2011-ECC, notificada el 28.05.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 010-2011/CONAZULCO notificada el 31.05.2011 presentó sus descargos.

Posteriormente, con carta N° 727-2011-ECC notificada el 13.06.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 23,328.00 por las siguientes penalidades:

6.1: Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas.

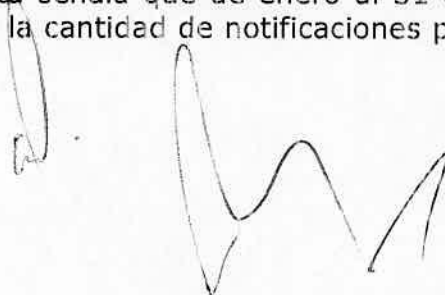
Evaluación de la penalidad

6.1: *Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las bases, sin perjuicio de que EL CONTRATISTA corrija las observaciones sin costo alguno para SEDAPAL, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo mal ejecutado y por los días transcurridos desde la fecha en que detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente.*

Respecto de la presente penalidad la Entidad señala en su Carta N° 650-2011-EC-C que el Contratista ha realizado la entrega de comunicaciones en forma incompleta, para lo cual muestran un cuadro donde se aprecia las fechas de devolución tardía por parte de CONAZUL.

Asimismo adjunta como anexos a dicha carta, en calidad de devolución, cédulas de notificación (en cantidad de seis cédulas) en las que se pueden apreciar enmendaduras, falta de datos y suscripción del formato por parte del notificador de las cédulas.

En sus descargos el Contratista señala que de enero al 31 de mayo de 2011 se habían casi duplicado la cantidad de notificaciones para entrega



con cargo, incluyendo en su carta un gráfico que muestra la evolución de la cantidad de comunicaciones recibidas de parte de SEDAPAL.

En tal sentido el Contratista sostiene que ello ocasionó un desequilibrio temporal e involuntario en las tareas del personal a cargo de dichas comunicaciones, señalando además en el último párrafo de su carta que adjunta las seis cédulas que presentaban defectos y que les fueran remitidas por la Entidad en su Carta N° 650-2011-EC-C, por lo que en ese extremo cumplió con subsanar su incumplimiento.

Finalmente, SEDAPAL, con carta 727-2011-EC-C notificada al contratista el 13 de junio de 2011 aplicó la penalidad 6.1 por la suma de S/. 23,328.00 Nuevos Soles.

El Tribunal Arbitral aprecia que los descargos presentados por el contratista no fueron analizados por SEDAPAL al momento de aplicar la penalidad. En efecto, en ningún extremo de la carta N° 727-2011-EC-C se hace referencia a los descargos presentados por el contratista. Al respecto, el procedimiento de la sección "Notas" de la cláusula décimo cuarta del contrato en su numeral 2 señala respecto a los descargos que presenta el contratista: "...dicho sustento será evaluado por SEDAPAL para determinar la aplicación de la multa de acuerdo a la Tabla de Penalidades."

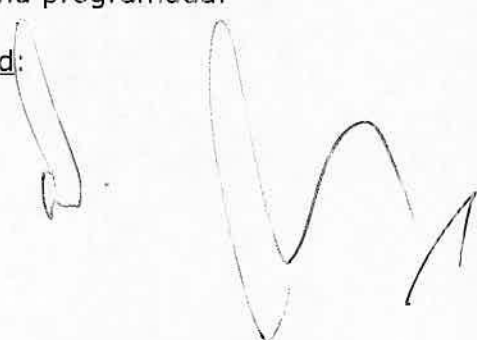
Por otro lado, en cuanto al cómputo de la multa, la penalidad 6.1 establece que esta se calcula desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente. En el presente caso, en la carta N° 650-2011-EC-C la Entidad devuelve al contratista 06 cédulas de notificación con errores, las mismas que fueron devueltas sin observaciones por CONAZUL en su carta de descargos del 31.05.2011, esto es, respecto a estos documentos hay una fecha de detección de la ocurrencia (la carta N° 650-2011-EC-C fue notificada el 28.05.2011) y una corrección (carta N° 010-2011/CONAZULCO presentada el 31.05.2011), lo cual no ha sido tomado en cuenta al momento de calcular la multa, incumpliendo de ese modo con lo establecido en la penalidad 6.1.

En base a estas consideraciones, el Tribunal Arbitral ha llegado a la convicción de que la presente penalidad es inválida.

Penalidad N° 18

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 1,620.00 por: (i) por no concluir la carga de trabajo en la fecha programada.

Antecedentes de la penalidad:



Mediante carta 591-2011-ECC, notificada el 17.05.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 112-2011/GG/CONAZUL notificada el 19.05.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 746-2011-ECC notificada el 15.06.2011 se penalizó al contratista con la suma de S/. 1,620.00 por las siguientes penalidades:

8.3: por no concluir la carga de trabajo en la fecha programada.

Evaluación de la penalidad

Penalidad 8.3: *Por no concluir la carga de trabajo en la fecha programada según cronograma aprobado por SEDAPAL, la multa será por cada carga de trabajo y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió concluir la carga hasta la subsanación pertinente.*

Con carta N° 591-2011-EC-C notificada al contratista el 17 de mayo de 2011, la Entidad señaló que: "Mediante el presente me dirijo a usted con la finalidad de informar que el lote 6533 de avisos de cobranza ha sido entregado parcialmente fuera de la fecha establecida por el Cronograma Comercial." Añade dicha carta: "En consecuencia, estamos aplicando a su representada la multa correspondiente a la penalidad 8.3..."

En este caso, si bien, el contratista presentó sus descargos y la Entidad se pronunció sobre los mismos, lo cierto es que la carta en comentario ya aplica una penalidad sin antes haberle concedido al contratista el derecho de presentar sus descargos.

En tal sentido, no se cumple con el procedimiento para "otras penalidades" que en su numeral 2 señala respecto a los descargos que presenta el contratista: "...dicho sustento será evaluado por SEDAPAL para determinar la aplicación de la multa de acuerdo a la Tabla de Penalidades."

El Tribunal Arbitral aprecia que la Entidad penalizó al contratista sin tomar en cuenta el procedimiento antes señalado.

Por otro lado, la Entidad volvió a notificar esta penalidad al contratista con carta 746-2011-ECC notificada el 15.06.2011 en respuesta a la carta de descargos del contratista presentada el 19.05.2011. No obstante, no se aprecia que la Entidad haya evaluado estos descargos.

En base a estas consideraciones, el Tribunal Arbitral declara inválida la penalidad.

Penalidad N° 24

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 8,640.00 por: (i) no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas, (ii) interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo, (iii) no cumplir con la eliminación del desmonte y (iv) por no emplear la señalización.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 705-2011-ECC, notificada el 13.06.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 148-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 15.06.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 781-2011-ECC del 23.06.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 8,640.00 por las siguientes penalidades:

8.2: Por no cumplir con la eliminación del desmonte.

Evaluación de la penalidad

8.2: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.*

Con carta N° 705-2011-EC-C notificada al contratista el 13 de junio de 2011, SEDAPAL señaló:

"Por la presente, nos dirigimos a usted a fin de comunicarle que el Equipo Micromedición y Registros en la supervisión realizada el 06.05.2011 determinó deficiencias permanentes correspondiente a desmontes sin recoger a decir..."

Se aprecia que se hace referencia a cinco direcciones en las que no se ha cumplido con recoger desmonte y señalando además que sobre el particular son dieciséis los casos en los que se ha presentado desmonte sin recoger.

El Contratista, mediante Carta N° 148-2011-GG/CONSORCIO AZB-HCI presentada el 16 de junio de 2011 señaló que las fotografías no señalan la fecha y hora de la ocurrencia, siendo que además la supervisión de las actividades que originaron la aplicación de esta penalidad no se llevó en conjunto con el Contratista.

Asimismo solicita que las fotografías registren la fecha y la hora, que posibilite registrar el momento preciso de la ocurrencia, señalando que este tipo de supervisión debía realizarse de manera conjunta entre SEDAPAL y el contratista. Adicionalmente, adjuntó a sus descargos, fotografías tomadas en los predios imputados.

La Entidad con carta N° 781-2011-EC-C aplicó la penalidad, señalando:

"Mediante la presente, nos dirigimos a usted con relación al documento b) de la referencia, mediante el cual observamos que su representada muestra las fotos antes y después, evidenciando que existía del desmante,..."

Asimismo, señala que los descargos del contratista son insatisfactorios por lo que procede a la aplicación de la penalidad por la suma de S/. 8,640.00 Nuevos Soles.

El Tribunal aprecia que este cálculo no se ajusta al procedimiento de cálculo establecido en la penalidad 8.2, el cual establece que la penalidad se calcula "Por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmante hasta la subsanación pertinente". La Entidad al respecto sólo ha considerado el número de casos (16 casos), pero no identifica el número de días. En tal sentido, al no existir una motivación que permita conocer las razones que ha tenido la Entidad para no considerar este extremo de la penalidad 8.2, no es posible validar la multa pues no es conforme con el procedimiento de cálculo establecido en el contrato, por lo que dicha penalidad resulta inválida.

Penalidad N° 25

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 8,532.00 por: (i) no cumplir con la eliminación del desmante.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 706-2011-ECC, notificada el 13.06.11, SEDAPAL requirió al Consorcio que presente sus descargos respecto de observaciones efectuadas por la supervisión concediéndole el plazo de 24 horas.

El Consorcio, a través de la Carta N° 149-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 15.06.11 presentó sus descargos.

Posteriormente, con carta N° 782-2011-ECC del 23.06.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 8,532.00 por las siguientes penalidades:

6.1: Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas.

8.1: Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

8.2: Por no cumplir con la eliminación del desmante.

11.1: Por no emplear la señalización.

Evaluación de la penalidad

Con carta N° 706-2011-EC-C notificada al contratista el 13.06.2011, la Entidad informo que el Equipo de Micromedición y Registros (EMR) había detectado que no se cumplió con la eliminación de desmonte y la limpieza de las cajas de control en los trabajos realizados entre el 14 y 23 de mayo de 2011. Como sustento, adjunta a su carta el Memorando N° 994-2011-EMR de fecha 02 de junio de 2011, el mismo que contiene el Informe N° 31-2011/MED de la Supervisión de fecha 28 de mayo de 2011.

En la carta 782-2011-EC-C que aplica las penalidades, la Entidad señala

"Mediante la presente, nos dirigimos a usted con relación al documento b) de la referencia, la cual hemos observado que su representada no realizado la eliminación del desmonte, trabajos inconclusos, área de lozas o paños menor a un metro y mala señalización las cuales no lo atendieron en su debida oportunidad."

En otro extremo de la carta, señalan:

"Es importante mencionar, que con el documento de la referencia a) solicitamos a vuestro Despacho nos presenten el descargo correspondiente y mediante el documento de la referencia b) dan atención al escrito, cuya respuesta resulta insatisfactoria con relación a los puntos antes mencionados."

Finalmente, al momento de hacer el cálculo para cada una de las penalidades aplicadas: (i) 8.1; (ii) 8.2, (iii) 6.1 y (iv) 11 no ha tenido en cuenta que todas ellas establecen que el cálculo de la multa se hace considerando los días transcurridos hasta la subsanación pertinente, lo cual no ocurre en el presente caso. En efecto, la Entidad al momento de aplicar las penalidades sólo ha considerado el número de casos, pero no ha tenido en cuenta el número de días hasta la subsanación.

En tal sentido, se aprecia que no se cumple con lo establecido en estas penalidades, por lo que, las penalidades contenidas en la carta 782-2011-EC-C son inválidas.

Penalidad N° 26

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 540.00 por: (i) presentar información falsa o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 962-2011-ECC, notificada el 04.08.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 206-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 05.08.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 995-2011-ECC del 10.08.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 540.00 por las siguientes penalidades: 9.3: Por presentar información falsa o errada.

Evaluación de la penalidad

Con carta N° 962-2011-EC-C notificada al contratista el 04 de agosto de 2011, la Entidad señaló que se ha observado información con datos incoherentes en la Orden de Servicio N° 98260994 correspondiente al suministro N° 3671595, señalando que la información proporcionada por la persona encargada de la inspección no guarda relación con la información real de campo.

El contratista presentó su descargo con carta N° 206-2011/CONSORCIO AZB-HCI el 05.08.2011 respectivamente, manifestando que la información que fue consignada en el acta de inspección externa es correcta y corresponde a lo hallado en el campo, señalando además que el Mercado Central, 1ra. Zona de Collique corresponde a un solo predio de uso múltiple (perteneciente a la Asociación de propietarios y comerciantes del mercado central), por lo que corresponde tomar como referencia de nivel, el más alto.

La Entidad, mediante Carta 995-2011-EC-C notificada el 10 de agosto de 2011, señala que dichos descargos resultan insatisfactorios y aplica la penalidad 9.3: Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información.

Al respecto, se aprecia que la Entidad no ha sustentado como es que ha cuantificado "los días de atraso en subsanar dicha infracción" que establece la penalidad 9.3 como parte de su determinación.

En tal sentido, no se cumple con lo establecido en el contrato respecto de la penalidad 9.3 por lo que la multa contenida en la Carta 995-2011-EC-C es inválida.

Penalidad N° 27

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 540.00 por: (i) presentar información falsa o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 973-2011-ECC, notificada el 05.08.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 208-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 08.08.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1020-2011-ECC del 22.08.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 540.00 por las siguientes penalidades:

9.3: Por presentar información falsa o errada.

Evaluación de la penalidad

Con carta N° 973-2011-EC-C notificada al contratista el 05 de agosto de 2011, la Entidad señaló que encontraron datos incoherentes en la Orden de Servicio N° 98423467 correspondiente al suministro N° 5941934, señalando que tanto en esta Orden de Servicio como en la N° 98423464 se ha consignado el medidor N° 1107565291.

En sus descargos el Contratista señala que en efecto se ha confirmado que en el suministro N° 5941934 existe el medidor con numeración I107565291, por lo que los datos han sido correctamente consignados en la Orden de Servicio N° 98423467, pero que al ser el carácter 'I' (letra) muy parecido al número '1' entienden que se haya generado confusión.

La Entidad, mediante Carta 1020-2011-EC-C procede a aplicar la penalidad señalando que no se ha efectuado el descargo respecto de la Orden de Servicio N° 98423467 con sustento. y aplica la penalidad 9.3: *Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información.*

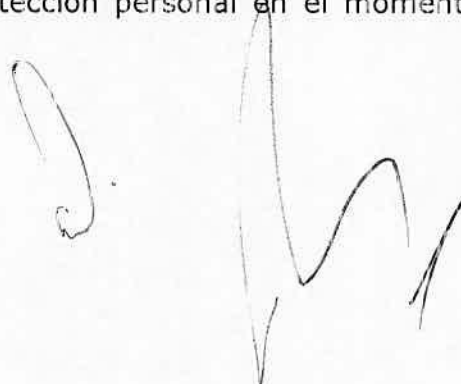
Al respecto, se aprecia que la Entidad no ha sustentado como es que ha cuantificado "Los días de atraso en subsanar dicha infracción" que establece la penalidad 9.3 como parte de su determinación, lo único que señala es que corresponde a una orden de servicio, pero no indica cómo es que ha determinado que el cálculo de la multa es por un solo día.

En tal sentido, no se cumple con lo establecido en el contrato respecto de la penalidad 9.3 por lo que la multa contenida en la Carta 995-2011-EC-C es inválida.

Penalidad N° 29

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 324.00 por: (i) trabajador que no cuente con equipo de protección personal en el momento de estar realizando la sub-actividad.

Antecedentes de la penalidad:



Mediante carta 1091-2011-ECC, notificada el 31.08.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 122-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 07.09.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1270-2011-ECC del 27.09.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 324.00 por las siguientes penalidades:

1.3: Por trabajador que no cuente con equipo de protección personal en el momento de estar realizando la sub-actividad.

Evaluación de la penalidad

Respecto de la presente penalidad la Entidad señala en su Carta N° 1091-2011-EC-C que el Sr. Eduardo Cruz no tenía puesto el casco durante la ejecución de sus labores.

En sus descargos el Contratista corrobora la ocurrencia de dicho suceso, señalando que el trabajador quería tener mayor visibilidad para cuidar los materiales debido a los robos constantes en la zona.

En tal sentido y como puede apreciarse de las fotografías fechadas adjuntas, el trabajador no contaba con el casco durante la realización de las labores, hecho que ha sido aceptado por el Contratista.

En la carta 1270-2011-EC-C que aplica la penalidad se aprecia que la multa es por la penalidad 1.3: Por trabajador que no cuente con equipo de protección personal en el momento de estar realizando la sub-actividad: Guantes, orejeras, respiradores, botas de jebe cortas y/o musleras, casco y/o lentes protectores, etc., la multa será por trabajador y por día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente

En la determinación de la multa se ha tenido en cuenta el periodo de tiempo (01 día), considerando además los descargos del contratista que reconoce la falta. En tal sentido, la penalidad es válida.

Penalidad N° 30

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 9,720.00 por: (i) no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1092-2011-ECC, notificada el 31.08.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 120-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 06.09.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1273-2011-ECC del 30.09.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 9,720.00 por las siguientes penalidades:

8.2: Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo.

Evaluación de la penalidad

Respecto de la presente penalidad la Entidad señala en su Carta N° 1092-2011-EC-C que detectó que no se había recogido el desmonte generado en distintos predios.

En su Carta N° 120-2011/GC/CONSORCIO AZB-HCI de descargos el contratista señala que el Lunes 22 de agosto de 2011 los desmontes ya habían sido recogidos, esto es, reconoce que hubo desmonte sin recoger.

La penalidad 8.2 establece: Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.

En el presente caso se aprecia que en la carta 1273-2011—EC-C que aplica la penalidad, la Entidad no sólo ha identificado los suministros que se vieron afectados con la demora en el retiro del desmonte, sino además ha indicado el número de días de retraso en recoger el mismo, esto es, ha cumplido con la cuantificación de los días de multa conforme lo establecido en la penalidad 8.2. En tal sentido, habiéndose verificado que el contratista reconoce la falta y que la Entidad ha aplicado la multa conforme la penalidad 8.2, se declara válida la misma.

Penalidad N° 33

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 1,728.00 por: (i) por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1301-2011-ECC, notificada el 10.10.11, SEDAPAL notificó al Consorcio el reclamo de un usuario por la interrupción de la ejecución de trabajos, concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 209-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 12.10.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1393-2011-ECC del 28.10.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 1,728.00 por las siguientes penalidades:

8.1: por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

Evaluación de la penalidad

La penalidad 8.1 establece: Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo ya sea por falta de personal y/o materiales y/o equipos, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se programó el trabajo hasta la subsanación pertinente.

Respecto de la presente penalidad la Entidad señala en su Carta N° 1301-2011-EC-C que el Contratista interrumpió injustificadamente la ejecución de un trabajo de implantación de un medidor.

En su Carta N° 209-2011/GC/CONSORCIO AZB-HCI de descargos el Contratista señala que al 27 de septiembre de 2011 los desmontes ya habían sido recogidos, lo cual demuestra anexando fotografías que muestran el predio libre de desmonte y con los trabajos culminados.

En la carta 1393-201-EC-C que aplica la penalidad, la Entidad señala que ha evaluado los descargos del contratista donde ratifica que la actividad de instalación de batería duró tres días confirmando el desarrollo de la labor sin eliminar desmonte.

Al momento de aplicar la multa, la Entidad ha tenido en cuenta los días de retraso en la culminación de esa labor, con lo cual cumple con sustentar el cálculo de la multa establecido en la penalidad 8.1 ("Desde la fecha en que se programa el trabajo hasta la subsanación pertinente") por lo que, el Tribunal Arbitral conviene en ratificar la validez de la misma.

Penalidad N° 34

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 32,940.00 por: (i) por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1269-2011-ECC, notificada el 30.09.11, SEDAPAL requirió al Consorcio que absuelva el reclamo de un usuario sobre trabajos inconclusos para lo cual le dio el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 191-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 04.10.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1394-2011-ECC del 28.10.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 32,940.00 por las siguientes penalidades:

8.2: Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas.

Evaluación de la penalidad

La penalidad 8.2 establece: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.*

Respecto de la presente penalidad la Entidad señala en su Carta N° 1269-2011-EC-C que el Contratista ha incumplido con la eliminación del desmonte de los trabajos realizados en el suministro N° 5252796.

En su Carta N° 191-2011/GC/CONSORCIO AZB-HCI de descargos del 04 de octubre de 2011 el Contratista señala que los desmontes ya habían sido recogidos, lo cual demuestra anexando una fotografía que muestra el predio libre de desmonte.

Conforme lo señalado por las partes en sus escritos de demanda y contestación de demanda, esta observación corresponde a un trabajo efectuado por el contratista y que a raíz del reclamo de la usuaria, fue subsanado el 21.09.2011.

El contratista señala que cuando fue notificado en octubre ya había levantado la observación por lo que, no corresponde que le apliquen penalidad. El Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado sobre esta interpretación en el presente laudo estableciendo que ello no es lo que se desprende del procedimiento de penalidades contractuales.

Por otro lado, en la carta N° 1394-2011-EC-C se efectuó el cálculo de la penalidad considerando el periodo hasta la subsanación, por lo que, la penalidad resulta válida.

Penalidad N° 35

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 3,780.00 por: (i) por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1345-2011-ECC, notificada el 20.10.11, SEDAPAL notificó al Consorcio la queja de un usuario por dejar desmonte en su propiedad, concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 241-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 26.10.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1615-2011-ECC del 30.12.11 se penalizó al contratista con la suma de S/. 3,780.00 por las siguientes penalidades:

8.2: Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas.

Evaluación de la penalidad

La penalidad 8.2 establece: Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.

Respecto de la presente penalidad la Entidad señala en su Carta N° 1345-2011-EC-C que el Contratista ha incumplido con la eliminación del desmonte de los trabajos realizados en siete lugares distintos de la Calle 19, Mz. P, Urb. Carabayllo, Comas.

En su Carta N° 241-2011/GC/CONSORCIO AZB-HCI de descargos del 26.10.2011 el Contratista señala que los desmontes ya habían sido recogidos, lo cual demuestra anexando fotografías que muestran los predios libre de desmonte.

En la carta 1615-2011-EC que aplica la penalidad, SEDAPAL señala que el contratista solo señala la situación actual del predio pero no los motivos que sustenten en retraso en la eliminación del desmonte.

No obstante, al momento de efectuar el cálculo de la multa, la Entidad no sustenta el cálculo que efectúa. Se aprecia que hace referencia a 07 casos y no ha tenido en cuenta que la penalidad 8.2 establece que la multa será por los días transcurridos desde la fecha que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente. En tal sentido, el Tribunal Arbitral advierte que dicha multa no se ajusta a lo establecido en la penalidad 8.2 por lo que dispone declarar su invalidez.

Penalidad N° 40

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 2,628.00 por: (i) por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1517-2011-ECC, notificada el 30.11.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 282-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 06.12.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 144-2011-ECC del 07.02.12 se penalizó al contratista con la surna de S/. 2,628.00 por las siguientes penalidades:

8.1: Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

Evaluación de la penalidad

Respecto de la presente penalidad la Entidad señala en su Carta N° 1517-2011-EC-C que se detectó trabajos inconclusos respecto de seis

suministros, lo que sustenta con fotografías que adjunta a la referida carta.

En su Carta N° 282-2011/GC/CONSORCIO AZB-HCI de descargos del 07.12.2011 el Contratista señala que los trabajos respecto de los seis suministros no se han concluido debido a la oposición de los clientes.

En tal sentido señalan que con fecha 05 de diciembre de 2011 se realizó una inspección conjunta con personal de SEDAPAL en la que se determinó que el 50% de los clientes había cambiado de parecer y querían que se les instale el medidor, persistiendo el resto en su oposición inicial.

Señalan además que el 06 de diciembre de 2011 se culminaron los trabajos respecto de los suministros N° 3775245, 3775256 y 3813288, trabajos que alegan no pudieron culminar en la oportunidad debida a raíz de la oposición de dichos clientes a la realización del servicio de instalación de medidores.

La Entidad, mediante Carta N° 144-2012-EC-C aplica la penalidad por un monto de S/. 44,676 Nuevos Soles, al considerar que respecto de los suministros N° 3775245, 3775256 y 3813288 no se ha levantado la observación, toda vez que el Contratista no ha evidenciado la oposición de los clientes mediante algún medio probatorio y que dicho incumplimiento ha subsistido por 17 días.

En razón de ello CONAZUL presenta una reconsideración a la penalidad impuesta en dicha carta mediante su Carta N° 018-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI, en la que señala que respecto de los suministros N° 3775245, 3775256 y 3813288 los clientes cambiaron de parecer cuando se realizó la inspección en conjunto con personal de SEDAPAL y que la penalidad no guarda razonabilidad con el incumplimiento imputado.

La Entidad da respuesta a dicha carta mediante Carta N° 192-2012-EC-C ratificándose en la aplicación de la penalidad pero recalculando la misma toda vez que consideran no pueden cuantificar con exactitud la cantidad de días de retraso en la ejecución de las labores respecto de los suministros antes mencionados.

De los medios probatorios vertidos para el presente caso podemos corroborar que en efecto el Contratista no ha acreditado mediante pieza probatoria alguna que los clientes de los suministros N° 3775245, 3775256 y 3813288 se hayan opuesto a la instalación de medidores.

De igual manera no se ha presentado el acta derivada de la antes referida inspección conjunta por parte de CONAZUL y SEDAPAL realizada con fecha 05 de diciembre, acta que, como menciona la Entidad en su Carta N° 192-2012-EC-C, no existe, por lo que tampoco ha quedado

fehacientemente acreditado el cambio de parecer de los clientes alegado por el Contratista.

En la carta 192-2012-EC-C la Entidad reconsidera la penalidad aplicada, señalando: "Situación que no nos permite determinar con exactitud la cantidad de días de retraso desde el hecho suscitado, por tanto, los días de retraso es están retirando de la cuantificación de la penalidad y manteniéndose la penalidad por el hecho de la falta no levantada."

En este caso, SEDAPAL aplicó la penalidad correspondiente a la penalidad 8.1 y posteriormente, a solicitud del contratista reconsidero la misma. En el extremo antes citado se aprecia que la Entidad sustente las razones por las cuales está retirando de la penalidad el número de días, con lo cual, cumple con motivar su decisión, razón por la cual, esta penalidad es válida.

Penalidad N° 41

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 7,117.50 por: (i) no cumplir con la eliminación del desmonte y (ii) por falta de señalización.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 615-2012-ECC, notificada el 29.05.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 155-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 30.05.12 presentó sus descargos ante el Equipo Comercial del Callao y no de Comas

Finalmente, mediante Carta N° 783-2012-ECC del 17.07.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 7,117.50 por las siguientes penalidades:

8.2: Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas.

Evaluación de la penalidad

La Entidad, mediante Carta N° 783-2012-EC-C aplica una penalidad por cuatro casos de no eliminación de desmonte, señalando además que ha vencido el plazo para la presentación de los descargos.

La Entidad aplica la penalidad 8.2: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será*

por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.

En este caso la Entidad ha aplicado la penalidad por 04 suministros, no obstante no se aprecia un sustento de los días de retraso que considera para el cálculo de la penalidad. Esto es, no indica cómo es que ha obtenido ese número de días, pues de los documentos que obran en autos, no se puede verificar que hayan transcurrido 4 días desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral verifica que no se cumple con el procedimiento contenido en la penalidad 8.2, por lo que declara inválida esta penalidad.

Penalidad N° 42

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 7,117.50 por: (i) por falta de señalización.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1516-2011-ECC, notificada el 30.11.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 279-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 06.11.12 presentó sus descargos.

SEDAPAL con carta 145-2012-ECC notificada el 02 de febrero de 2012 penalizó al contratista con S/. 12,045.00 Nuevos Soles.

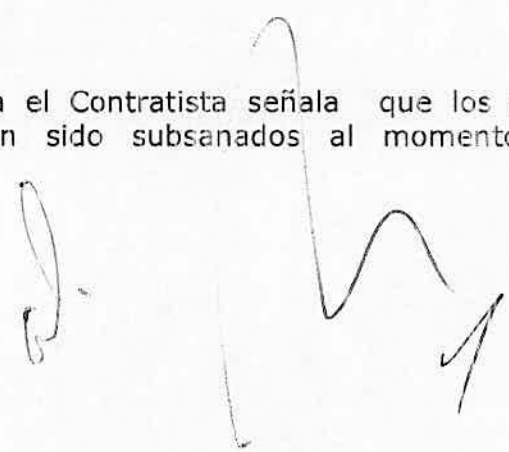
El Consorcio presentó reconsideración con carta 019-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI.

Finalmente, mediante Carta N° 188-2012-ECC del 29.02.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 7,117.50 por las siguientes penalidades:

11.1: Por falta de señalización.

Evaluación de la penalidad

En su escrito de demanda el Contratista señala que los supuestos incumplimientos ya habían sido subsanados al momento de ser notificados por SEDAPAL.

A large, stylized handwritten signature or mark, possibly in blue ink, consisting of several loops and a long vertical stroke.

Al respecto, el Tribunal Arbitral ya ha establecido que esta interpretación del contratista no es la que se desprende del contrato, por lo que, corresponde analizar la validez de la penalidad aplicada.

La carta N° 188-2012-ECC del 29.02.12 reconsidero la penalidad en manteniendo la 11:1: *Por no emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias*, es decir, no conforme a la cartilla respectiva. La multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos hasta la subsanación pertinente.

En esta carta no se aprecia que la Entidad haya considerado los días transcurridos hasta la subsanación de la infracción para aplicar la multa, tan solo se ha limitado a calcular el número de casos detectados, pero no ha cumplido con lo establecido en la penalidad 11.1. En tal sentido, dicha penalidad no se ajusta a lo establecido en el contrato, por lo que debe declararse inválida.

Penalidad N° 43

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 2,737.50 por: (i) no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1515-2011-ECC, notificada el 30.11.11, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 278-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 06.12.11 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 161-2012-ECC del 07.07.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 2,737.50 por las siguientes penalidades:

8.2: Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas.

Evaluación de la penalidad

Respecto de la presente penalidad la Entidad señala en su Carta N° 1515-2011-EC-C que se han detectado desmontes sin eliminar respecto de cinco suministros.

En sus descargos el Contratista señala que a la fecha dichos suministros se hallan libres de desmonte, lo que acreditan con evidencia fotográfica. Mediante Carta 161-2012-EC-C la Entidad aplica la penalidad por los casos señalados en su carta de notificación al considerar insuficientes los descargos presentados por el Contratista.

En este caso la Entidad ha aplicado la penalidad por 05 casos sin considerar plazo alguno.

El Tribunal aprecia que este cálculo no se ajusta al procedimiento de cálculo establecido en la penalidad 8.2, el cual establece que la penalidad se calcula "*por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente*". La Entidad no ha considerado este extremo y tan solo ha computado el número de casos, lo cual no es lo que dispone la penalidad 8.2

En tal sentido, corresponde al Tribunal Arbitral declarar inválida esta penalidad.

Penalidad N° 56

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 547.50 por: (i) presentar información falsa o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 744-2012-ECC, notificada el 09.07.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 187-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 10.07.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 770-2012-ECC del 16.07.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 547.50 por las siguientes penalidades:
9.3: Por presentar información falsa o errada.

Evaluación de la penalidad

La penalidad 9.3 establece: *Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información.*

En el presente caso se aprecia que la Entidad al momento de calcular la multa no ha tenido en cuenta el número de días de atraso en subsanar la información errónea, considerando tan sólo que se trata de una inspección. En tal sentido, no se cumple con lo establecido en la penalidad 9.3 por lo que, la penalidad es inválida.

Penalidad N° 57

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 547.50 por: (i) presentar información falsa o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 745-2012-ECC, notificada el 09.07.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 188-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 10.07.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 771-2012-ECC del 16.07.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 547.50 por las siguientes penalidades: 9.3: Por presentar información falsa o errada.

Evaluación de la penalidad

La penalidad 9.3 establece: *Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información.*

En el presente caso se aprecia que la Entidad al momento de calcular la multa no ha tenido en cuenta el número de días de atraso en subsanar la información errónea, considerando tan solo que se trata de una inspección. En tal sentido, no se cumple con lo establecido en la penalidad 9.3 por lo que, la penalidad es inválida.

Penalidad N° 58

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 1,642.50 por: (i) por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 594-2012-ECC, notificada el 24.05.12, SEDAPAL notificó al Consorcio las observaciones del Supervisor concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 145-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 28.05.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 766-2012-ECC del 12.06.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 547.50 por las siguientes penalidades: 6.1: Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas.

Evaluación de la penalidad

La penalidad 6.1 establece: *Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las bases, sin perjuicio de que **EL CONTRATISTA** corrija las observaciones sin costo alguno para **SEDAPAL**, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo mal ejecutado y por los días transcurridos desde la fecha en que detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente.*

En el presente caso se aprecia que la Entidad al momento de calcular la multa no ha tenido en cuenta el número de días de atraso en subsanar la omisión, considerando tan solo que se trata de cinco casos, pero no toma en cuenta que la penalidad 6.1 establece que la multa es por cada día que transcurre hasta la corrección pertinente, cálculo que no se cumple en el presente caso.

Por tanto, el Tribunal Arbitral conviene en declarar inválida esta penalidad.

Penalidad N° 60

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 657.00 por: (i) por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 655-2012-ECC, notificada el 08.06.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 165-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 13.06.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 811-2012-ECC del 23.07.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 657.00 por las siguientes penalidades: 6.1: Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas.

Evaluación de la penalidad

La penalidad 6.1 establece: *Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las bases, sin perjuicio de que **EL CONTRATISTA** corrija las observaciones sin costo alguno para **SEDAPAL**, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo mal ejecutado y por los días transcurridos desde la fecha en que detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente.*

En el presente caso el contratista reconoce la observación efectuada por la Entidad.

La Entidad en la carta N° 811-2012-ECC del 23.07.12 calcula la penalidad considerando 02 casos por un día, lo cual es acorde con el descargo presentado por el contratista. En tal sentido, se cumple con cuantificar la multa establecida en la penalidad 6.1.

Efectuado este análisis corresponde declarar la validez de esta penalidad.



Penalidad N° 61

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 1,642.50 por: (i) por no cumplir con eliminar el desmonte.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 591-2012-ECC, notificada el 24.05.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 142-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 29.05.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 755-2012-ECC del 17.07.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 1,642.50 por las siguientes penalidades:

8.2: Por no cumplir con eliminar el desmonte.

Evaluación de la penalidad

La Entidad aplica la penalidad 8.2: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.*

En los descargos del contratista esta señala que procedió a efectuar la limpieza del desmonte siendo observado por el Supervisor, sin embargo no acredita con otro medio de prueba que cumplió con dicha limpieza en el plazo de 12 horas.

La Entidad, mediante Carta N° 755-2012-EC-C señala que el descargo del contratista no es suficiente aplica una penalidad por dos casos de no eliminación de desmonte. Se aprecia que en dicha carta se identifica los casos de incumplimiento y además el plazo de subsanación, cumpliendo de ese modo con el mecanismo de cálculo de la penalidad 8.2.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral conviene en declarar válida la presente penalidad.

Penalidad N° 62

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 7,227.00 por: (i) por no cumplir con eliminar el desmonte y (ii) por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 657-2012-ECC, notificada el 08.06.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 168-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 13.06.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 785-2012-ECC del 17.07.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 7,227.00 por las siguientes penalidades:

8.1: Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

8.2: Por no cumplir con eliminar el desmonte.

Evaluación de la penalidad

La penalidad 8.1 establece: *Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo ya sea por falta de personal y/o materiales y/o equipos, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se programó el trabajo hasta la subsanación pertinente.*

Asimismo, la penalidad 8.2 establece: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.*

El Contratista en sus descargos señaló que concluyó con la eliminación de desmonte y que los trabajos pendientes corresponden al corte y ruptura del paño en vereda y no se ha podido instalar el medidor por la oposición de los vecinos.

La Entidad en la carta N° 785-2012-ECC se pronunció sobre estos descargos aplicando la penalidad 8.1 y 8.2. En estos casos, la Entidad indica que la penalidad corresponde a un número de días, pero no explica porque para eliminación de desmonte considera 02 días, ni tampoco para trabajo inconcluso considera un día. No se aprecia en esta carta que en esos plazos se hayan subsanado las infracciones conforme lo establecen las penalidades en comentario. En tal sentido, estas penalidades son inválidas.

Penalidad N° 63

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 29,236.50 por: (i) por no cumplir con eliminar el desmonte y (ii) por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 593-2012-ECC, notificada el 24.05.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 144-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 28.05.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 786-2012-ECC del 17.07.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 29,236.50 por las siguientes penalidades:

8.1: Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

8.2: Por no cumplir con eliminar el desmonte.

Evaluación de la penalidad

La penalidad 8.1 establece: *Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo ya sea por falta de personal y/o materiales y/o equipos, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se programó el trabajo hasta la subsanación pertinente.*

Asimismo, la penalidad 8.2 establece: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.*

El Contratista en sus descargos señaló que respecto a los trabajos inconclusos esto se debió al incumplimiento de su proveedor, pero que dichos trabajos fueron concluidos el día siguiente. Asimismo, respecto del recojo del desmonte, indica que a dicha fecha ya se levantado la infracción.

La Entidad en la carta N° 786-2012-ECC se pronunció sobre estos descargos aplicando la penalidad 8.1 y 8.2. En estos casos, la Entidad indica que la penalidad corresponde a un número de días, pero no explica porque para eliminación de desmonte considera 03 días, ni tampoco para trabajo inconcluso considera 02 días. No se aprecia en esta carta que en esos plazos se hayan subsanado las infracciones conforme lo establecen las penalidades en comentario. En tal sentido, estas penalidades son inválidas.

Penalidad N° 64

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 547.50 por: (i) presentar información falsa o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 781-2012-ECC, notificada el 17.07.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 205-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 18.07.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 828-2012-ECC del 25.07.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 547.50 por las siguientes penalidades:

9.3: Por presentar información falsa o errada.

Evaluación de la penalidad

La penalidad 9.3 establece: *Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información.*

En el presente caso se aprecia que la Entidad al momento de calcular la multa no ha tenido en cuenta el número de días de atraso en subsanar la información errónea, considerando tan solo que se trata de una inspección. En tal sentido, no se cumple con lo establecido en la penalidad 9.3 por lo que, la penalidad es inválida.

Penalidad N° 67

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 2,190.00 por: (i) presentar información falsa o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 805-2012-ECC, notificada el 23.07.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 219-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 24.07.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 894-2012-ECC del 10.08.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 2,190.00 por las siguientes penalidades:

9.3: Por presentar información falsa o errada.

Evaluación de la penalidad

Respecto de la presente penalidad el Contratista señala en sus descargos que sobre las cuatro órdenes de servicio en las que se habrían encontrado anomalías en el reporte de lectura del medidor, dicha situación ya había sido corregida, toda vez que al haber sido detectada con fecha 20 de julio, fue reportada al área correspondiente de SEDAPAL.

En tal sentido señala que a raíz de la realización de un control interno se detectó un problema de consistencia en el sistema ya que en el archivo de actualización de datos se consignó una lectura que no correspondía a la información de campo, por lo que al comunicar dicha situación a SEDAPAL solicitaron se genere una re inspección de todos los casos que presentaron dicha irregularidad.

Sobre el particular el Contratista señala en su carta de descargos que adjunta un correo electrónico de fecha 20 de julio, en el que comunicó una relación de casos con la irregularidad suscitada, dentro de la cual habrían estado los cuatro casos comunicados por la Entidad en su carta de notificación.

La penalidad 9.3 establece: *Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información.*

En el presente caso se aprecia que la Entidad al momento de calcular la multa no ha tenido en cuenta el número de días de atraso en subsanar la información errónea, ha estimado que el número de días para subsanar la omisión ha sido de (01) pero no ha justificado como determino ello. En tal sentido, no se verifica que se haya cumplido con el cálculo de días considerado en la penalidad 9.3, por lo que, se declara inválida la penalidad.

Penalidad N° 76

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 6,570.00 por: (i) presentar información falsa o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 982-2012-ECC, notificada el 07.09.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 273-2012/GG/CONAZUL notificada el 17.09.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1135-2012-ECC del 23.10.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 6,570.00 por las siguientes penalidades:

9.3: Por presentar información falsa o errada.

Evaluación de la penalidad

Respecto de la presente penalidad el Contratista señala en sus descargos que de los doce casos con información falsa en el análisis de las lecturas de las órdenes de servicio, incongruentes con las lecturas de la toma de estado, cinco de ellos se debieron a que los medidores se encuentran en zonas altas con abastecimiento discontinuo lo que genera avances y retrocesos en el medidor, dos se debieron a que los medidores habían sido manipulados (se halló que no contaban con el dispositivo de seguridad) y finalmente cinco correspondían a una falla en el registro por parte del Contratista, alegaciones que no han sido desvirtuadas por la Entidad.

La penalidad 9.3 establece: *Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con*

información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información.

En el presente caso se aprecia que la Entidad al momento de calcular la multa no ha tenido en cuenta el número de días de atraso en subsanar la información errónea, tan solo ha considerado el número de casos con información inexacta, lo cual no se ajusta al procedimiento de cálculo establecido en la penalidad 9.3 por lo que, se declara inválida la penalidad.

Penalidad N° 81

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 23,761.50 por: (i) por no iniciar o no aplicar el plan de trabajo, (ii) por no emplear la señalización y (iii) por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1026-2012-ECC, notificada el 21.09.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 286-2012/GG/CONAZUL notificada el 27.09.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1307-2012-ECC del 28.11.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 23,761.50 por las siguientes penalidades:

8.1: Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

10.2: Por no iniciar o no aplicar el plan de trabajo.

11.1: Por no emplear la señalización.

Evaluación de la penalidad

8.1: Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo ya sea por falta de personal y/o materiales y/o equipos, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se programó el trabajo hasta la subsanación pertinente.

10.2: Por no iniciar o no aplicar el plan de trabajo y/o plan de capacitación y/o metodología de trabajo propuestos, la multa será por cada día de atraso hasta la subsanación pertinente.

11.1: Por no emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias, es decir, no conforme a la cartilla respectiva. La multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos hasta la subsanación pertinente.

Estas tres penalidades establecen que para calcular el número de días de penalidad se debe computar hasta la fecha de subsanación.

En el presente caso, del análisis de la carta N° 1307-2012-ECC que aplica la penalidad se aprécia que no se sustenta como se ha calculado el número de días que imputa a cada supuesto y como es que ha verificado que el cálculo de los días que utiliza para cada penalidad corresponde al levantamiento de las observaciones.

En tal sentido, no se cumple con el procedimiento de cálculo establecido en cada una de estas penalidades por lo que, el Tribunal Arbitral conviene en declarar la invalidez de las mismas.

Penalidad N° 83

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 12,811.50 por: (i) interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo y (ii) por no cumplir con la eliminación del desmonte.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1043-2012-ECC, notificada el 25.09.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 290-2012/GG/CONAZUL notificada el 03.10.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1312-2012-ECC del 28.11.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 12,811.50 por las siguientes penalidades:

8.1: Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

8.2: Por no cumplir con la eliminación del desmonte.

Evaluación de la penalidad

8.1: *Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo ya sea por falta de personal y/o materiales y/o equipos, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se programó el trabajo hasta la subsanación pertinente.*

8.2: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.*

Estas dos penalidades establecen que para calcular el número de días de penalidad se debe computar hasta la fecha de subsanación.

En el presente caso, del análisis de la carta N° 1312-2012-ECC que aplica la penalidad se aprecia que no se sustenta como se ha calculado el número de días que imputa a cada supuesto y como es que ha verificado que el cálculo de los días que utiliza para cada penalidad corresponde al

levantamiento de las observaciones conforme lo establece la penalidad 8.1 y 8.2 (hasta la subsanación pertinente).

En tal sentido, no se cumple con el procedimiento de cálculo establecido en cada una de estas penalidades por lo que, el Tribunal Arbitral conviene en declarar la invalidez de las mismas.

Penalidad N° 85

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 1,080.00 por: (i) presentar información falsa o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1283-2012-ECC, notificada el 27.11.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 337-2012/CG/CONAZUL notificada el 28.11.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1366-2012-ECC del 14.12.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 1,080.00 por las siguientes penalidades:

9.3: Por presentar información falsa o errada.

Evaluación de la penalidad

Respecto de la presente penalidad el Contratista señala en sus descargos que la revisión del estado del suministro se realizó 48 horas después de la ejecución del cierre, por lo que si el mismo se encontraba abierto se debe presumir que el cliente ha violado el cierre simple que se había ejecutado.

Asimismo señala que en la foto adjunta a la carta de notificación de la Entidad se aprecia lo que parece ser una esquila de cierre de servicio y que el suministro en cuestión ha contado con medidor desde octubre del 2010, por lo que encontrarlo ahora sin medidor es un indicativo adicional de que el cliente está dispuesto a realizar acciones no autorizadas.

Al respecto la Entidad señala que de la supervisión se puede apreciar que no existen signos de violación del servicio, que la esquila que aparece en la foto corresponde al mes de septiembre de 2012 y que el suministro cuenta con medidor N° E110103692.

Por otro lado, la penalidad 9.3 establece: *Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información.*

En el presente caso se aprecia que la Entidad ha aplicado la penalidad considerando que se trata de un caso y lo ha multiplicado por dos días. En el presente caso en los descargos del contratista se indica que el cierre se efectuó el 22 de noviembre y el 24 de noviembre se verificó que estaba abierto, con lo cual se verifica que la subsanación ocurrió a los dos días.

En tal sentido, se aprecia que la multa ha sido aplicada conforme el procedimiento establecido en la penalidad 9.3 por lo que, corresponde declarar que la misma es válida.

Penalidad N° 86

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 1,080.00 por: (i) presentar información falsa o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 1284-2012-ECC, notificada el 27.11.12, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 338-2012/CG/CONAZUL notificada el 28.11.12 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1367-2012-ECC del 14.12.12 se penalizó al contratista con la suma de S/. 1,080.00 por las siguientes penalidades:

9.3: Por presentar información falsa o errada.

Evaluación de la penalidad

Respecto de la presente penalidad el Contratista señala en sus descargos que la revisión del estado del suministro se realizó 48 horas después de la ejecución del cierre, por lo que si el mismo se encontraba abierto se debe presumir que el cliente ha violado el cierre simple que se había ejecutado.

Asimismo señala que el suministro en cuestión ha contado con medidor desde febrero del 2011 y que ese mismo medidor fue encontrado inoperativo en una prueba de contrastación en noviembre de ese año, siendo que se instaló un nuevo medidor en noviembre de 2011 que asimismo se encontró inoperativo en septiembre del 2012, lo cual es un indicativo adicional de que el cliente está dispuesto a realizar acciones no autorizadas.

Al respecto la Entidad señala que de la supervisión se puede apreciar que no existen signos de violación del servicio y que al suministro se le realizó prueba de contrastación a solicitud del cliente por un reclamo

comercial que dio como resultado inoperativo, por lo que no se puede afirmar que el medidor estuviese manipulado.

Por otro lado, la penalidad 9.3 establece: *Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información.*

En el presente caso se aprecia que la Entidad ha aplicado la penalidad considerando que se trata de un caso y lo ha multiplicado por dos días. En el presente caso en los descargos del contratista se indica que el cierre se efectuó el 22 de noviembre y el 24 de noviembre se verificó que estaba abierto, con lo cual se verifica que la subsanación ocurrió a los dos días.

En tal sentido, se aprecia que la multa ha sido aplicada conforme el procedimiento establecido en la penalidad 9.3 por lo que, corresponde declarar que la misma es válida.

Penalidad N° 92

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 1,110.00 por: (i) no concluir la carga de trabajo en la fecha programada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 311-2013-ECC, notificada el 08.03.13, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 074-2012/CG/CONAZUL notificada el 11.03.13 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 342-2013-ECC del 15.03.13 se penalizó al contratista con la suma de S/. 1,110.00 por las siguientes penalidades:

8.3: Por no concluir la carga de trabajo en la fecha programada.

Evaluación de la penalidad

Respecto de la presente penalidad el Contratista señala en sus descargos que en el mes de febrero de 2013 se retrasó la entrega de los recibos del ciclo 9, los cuales de acuerdo al Cronograma Comercial debieron serles entregados el 18 de febrero de 2013, sin embargo les fueron entregados el 19 de febrero de 2013 junto con los recibos del ciclo 10.

Señala a su vez que a razón de lo dispuesto por el acápite f) del numeral 5.3.4 de las Bases, el Contratista está obligado a distribuir primero los recibos que tengan un vencimiento más antiguo, por lo que debían

distribuir primero los recibos que les fueran entregados con retraso, al ser estos los que vencían primero.

La Entidad en la carta 342-2013-ECC que aplica la penalidad se pronuncia sobre los descargos del contratista indicando que no son suficientes y que el contratista no procedió con la diligencia debida.

Se debe tener presente que esta penalidad señala:

10.3 Por no concluir completamente una carga de trabajo en la fecha establecida en los procesos constructivos para cada subactividad, la multa será por cada carga de trabajo y por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente.

En el presente caso la Entidad ha determinado la penalidad considerando desde la imputación el plazo de tres días para la subsanación, con lo cual, se cumple con lo dispuesto por la penalidad 10.3.

Por tanto, se verifica que esta penalidad ha sido válidamente aplicada, razón por la cual, corresponde ratificar su validez.

Penalidades válidas EECC COMAS

	Penalidad	Monto S/.
1	04	2,160.00
2	29	324.00
3	30	9,720.00
4	33	1,728.00
5	34	32,940.00
6	40	2,628.00
7	60	657.00
8	61	1,642.50
9	85	1,080.00
10	86	1,080.00
11	92	1,100.00
	SUB TOTAL	55,059.95

Penalidades inválidas EECC COMAS

	Penalidad	Monto S/.
1	03	1,440.00
2	06	10,800.00
3	07	5,400.00
4	11	9,072.00
5	12	63,720.00
6	14	1,404.00
7	17	23,328.00
8	18	1,620.00
9	24	8,640.00
10	25	8,532.00
11	26	540.00
12	27	540.00
13	35	3,780.00
14	41	7,117.50
15	42	7,117.50
16	43	2,737.50
17	56	547.50
18	57	547.50
19	58	1,642.50
20	62	7,227.00
21	63	29,236.50
22	64	547.50
23	67	2,190.00
24	76	6,570
25	81	23,761.50
26	83	12,811.50
	SUB TOTAL	240,870.00

e.2 Penalidades aplicadas por el Equipo Comercial de Callao

Penalidad N° 01

La Entidad aplica una penalidad de S/. 4,212.00 por no cumplir con: (i) no iniciar la carga de trabajo programada en la fecha establecida; (ii) por exceso de carga de trabajo y; (iii) por no hacer uso de los equipos necesarios.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 2260-2010-EC-Ca notificada el 14.10.2010 SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 48 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 100-2010/GG/CONAZUL notificada el 19.10.2010 presento sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 2623-2010-ECCa del 24.11.2010 se penalizó al contratista con la suma de S/. S/. 4,212.00 por las siguientes penalidades:

10.1: No iniciar la carga de trabajo programada en la fecha establecida

6.2: Por exceso de carga de trabajo y;

5.2: Por no hacer uso de los equipos necesarios

Análisis de la penalidad

A continuación el Tribunal Arbitral procederá al análisis de cada una de estas penalidades:

- a) Sobre los trabajos no ejecutados en la fecha establecida
La Entidad aplica la penalidad 10.1: Por no iniciar la carga de trabajo programada en la fecha establecida para cada subactividad, la multa será por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente.

En la carta materia de análisis se aplica esta penalidad computando el número de trabajadores que fueron detectados, pero no se aprecia análisis alguno respecto a la fecha de subsanación. Este cálculo no se ajusta a lo establecido en la penalidad 10.1. La Entidad no ha explicado cuales son las razones para considerar que basta con aplicar la penalidad a cada trabajador sin hacer referencia a la verificación de si se subsana o no dicha infracción. En tal sentido, no es posible validar una penalidad que no se ajusta a lo establecido en el procedimiento de cálculo establecido en el contrato.

- b) Sobre el exceso de carga de trabajo
La Entidad aplica la penalidad 6.2: Por cada trabajo ejecutado que exceda el promedio de carga estimada por subactividad, la multa será por cada trabajador con exceso de carga y por los días transcurridos desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta las acciones correctivas pertinentes.

En este caso la Entidad no ha verificado si se ha cumplido con corregir la infracción, ni tampoco ha justificado porque razón sólo considera para la penalidad la fecha de la ocurrencia. En tal sentido, no se está cumpliendo con lo dispuesto en la penalidad 6.2, por lo que, la penalidad es inválida.

- c) Sobre la falta de uso de equipos necesarios
La Entidad aplica la penalidad 5.2: Por no hacer uso de los equipos necesarios en la ejecución de la subactividad, la multa

será por cada equipo y por día de transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente

En este caso la Entidad no ha cumplido con verificar cuando se subsana la infracción, aplica la penalidad considerando el número de trabajadores (03), pero no hace referencia a ningún motivo por el cual no toma en cuenta el método de cálculo establecido en la penalidad 5.2.

Por tanto, la multa es inválida pues no se ajusta a lo establecido en la referida penalidad 5.2.

Penalidad N° 02

La Entidad aplica una penalidad por S/. 2,160.00 por "reapertura no ejecutada".

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 2202-2010-EC-Ca del 25.10.2010, SEDAPAL solicitó se informe porque no se había reaperturado dos servicios.

El Consorcio con carta N° 040-2010/CONAZUL presentada el 14.10.2010 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante carta N° 2624-2010-EC-Ca notificada el 24.11.2010, la Entidad aplicó la penalidad por S/. 2,160.00 por no efectuar la reapertura del segundo suministro.

Análisis de la penalidad

En el presente caso la Entidad no ha precisado cuál de las penalidades contenidas en la cláusula décimo cuarta es la que está aplicando al contratista.

Durante el proceso arbitral, SEDAPAL ha señalado que corresponde a la penalidad 6.3, no obstante, esa precisión debió estar contenida en la carta N° 2624-2010-EC-Ca. Al no señalarse la penalidad que se aplica, dicha penalidad es inválida.

Penalidad N° 04

La Entidad aplica una penalidad de S/. 1,080.00 Nuevos Soles por no cumplir con entregar los avisos de cobranza

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 2420-2010-ECCa del 28.10.2010 SEDAPAL imputo al Consorcio una serie de incumplimientos dándole un plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 115-2010/CG/CONAZUL notificada el 05.11.2010 presento sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 139-2011-ECCa notificada al contratista el 14.01.2011 se penalizó al contratista con la suma de S/. 1,080.00 por la penalidad 10.3.

Análisis de la penalidad

A continuación el Tribunal Arbitral procederá al análisis de esta penalidad:

Penalidad 10.3: *Por no concluir completamente una carga de trabajo en la fecha establecida en los procesos constructivos para cada subactividad, la multa será por cada carga de trabajo y por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente.*

En el presente caso la Entidad aplica una penalidad por un monto de S/. 1,080 Nuevos Soles, por no haber entregado avisos de cobranza de 56 clientes de conformidad con la supervisión realizada y por incumplir las especificaciones técnicas de las bases. Si bien el contratista en sus descargos reconoce la infracción, no obstante, en la carta materia de análisis no se sustenta como es que se ha efectuado el cálculo del monto de la penalidad y si dicho calculo ha sido efectuado considerando "...cada día de retraso hasta la subsanación pertinente" conforme lo establece la penalidad 10.3.

En tal sentido, el cálculo efectuado no se ajusta a la establecido en la penalidad 10.3 por tanto es una penalidad inválida.

Penalidad N° 10

La Entidad aplica una penalidad por S/. 9,720.00 por: (i) No ejecutar el trabajo conforme a las especificaciones técnicas.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 2297-2011-ECCa notificada el 22.07.2012 SEDAPAL imputo al Consorcio una serie de incumplimientos dándole un plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 201-2011/CG/CONSORCIO AZB-HCI de fecha 25.07.2011 presento sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 2576-2011-ECCa notificada al contratista el 17.08.2011 se penalizó al contratista con la suma de S/. 9,720.00 por la penalidad 6.1.

Análisis de la penalidad

La Entidad aplicó la penalidad 6.1: *Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las bases, sin perjuicio de que **EL CONTRATISTA** corrija las observaciones sin costo alguno para **SEDAPAL**, la multa será por cada orden de servicio y/o*

trabajo mal ejecutado y por los días transcurridos desde la fecha en que detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente.

En este caso se aprecia que la Entidad observa que los orientadores de servicios del contratista incurren en una serie de deficiencias. En sus descargos el contratista señala que dicha actividad no es penalizaba, sin embargo reconoce que hay una serie de observaciones y que viene implementando mejoras al respecto.

La Entidad en la carta N° 2576-2011-ECCa aplica la penalidad sin precisar la forma como es que ha efectuado el cálculo de la misma, y tampoco señalar si ha cumplido con verificar la corrección a la observación conforme lo establece la penalidad 6.1.

En dicha carta se indica que se han encontrado 30 reclamos, pero ello no es suficiente para calcular la penalidad, pues expresamente señala la penalidad 6.1: *"...la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo mal ejecutado y por los días transcurridos desde la fecha en que detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente."*

En tal sentido, se verifica que la Entidad no ha cumplido con sustentar el cálculo de la penalidad, apreciándose además que no se cumple con lo establecido en la penalidad 6.1 por lo que resulta inválida.

Penalidad N° 12

La Entidad aplica una penalidad de S/. 9,720.00 por: (i) no cumplir con iniciar la carga de trabajo programada y; (ii) no ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 115-2011-de fecha 10.01.2011 SEDAPAL imputo al Consorcio una serie de incumplimientos dándole un plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 002-2011/CG/CONAZUL de fecha 14.01.2011 presento sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1745-2011-ECCa notificada al contratista el 14.06.2011 se penalizó al contratista con la suma de S/. 9,720.00 por las siguientes penalidades:

- o 10.1: No cumplir con iniciar la carga de trabajo programada.
- o 6.1: No ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas.

Análisis de la penalidad

En este caso la Entidad requirió al contratista que explique las razones por las que no reabrió un servicio. El contratista en sus descargos señaló que la reapertura fue ejecutada el 18.11.2010, es decir en la

misma fecha que se generó la OS. Posteriormente el 10.01.2011, a solicitud del cliente, nos constituimos en el predio para solucionar un problema relacionado con fuga de agua en la caja de control del medidor, lo que afectaba la presión de agua. La misma que fue solucionada con el cambio de la empaquetadura quedando el cliente conforme.

En la carta que imputa la penalidad la Entidad señala que entrego al Contratista la orden de servicio: revisión de servicio cerrado el 16.11.2010, la misma que se debió ejecutar hasta el 17.11.2010. El cliente regularizó la deuda el 17.11.2011, generándose la orden de reapertura automáticamente, ejecutada por el Consorcio AZBHCI, el 18.11.2010.

El 24.11.2010, se realiza la revisión del servicio cerrado (reaperturado el 18.11.2010), encontrándose vigente y se aseguró el cierre, lo cual resultaba indebido pues el cliente ya había regularizado su deuda.

Asimismo, indica que el día 20.12.2010 se apersonó a sus oficinas el titular del suministro indicando que no le habían restituido el servicio no obstante haber cancelado la deuda el día 17.11.2010, acción por la cual se generó la respectiva orden de reapertura remitida al Contratista el mismo día en horas de la tarde.

Transcribimos a continuación el cuadro presentado por SEDAPAL en su contestación de demanda que grafica los hechos que motivaron esta penalidad:

Penalidad 1: Incumplimiento (10.1) 8 días – Incumplimiento en revisión del cierre					Penalidad 2: Calidad de ejecución (6.1) 22 días – no ejecutar la reapertura	
Cierre del Servicio	Revisión de cierre	Cliente Regulariza el pago.	Reapertura	Revisión y ejecución de cierre	Reclamo del cliente - reapertura no ejecutada	Cliente reitera reclamo –se ejecuta reapertura.
08.11.2010	16.11.2010	17.11.2010	18.11.10	24.11.2010	20.12.2010	10.01.2011
O/S 55019873	O/S 55085168		O/S 95031207	O/S 55085168	O/S 95542231	

El contratista señala que por el mismo hecho se le aplica dos penalidades, lo cual transgrede el artículo 230° de la Ley 27444.

- a) Sobre la falta de cumplimiento de la carga de trabajo.
La Entidad aplicó la penalidad 10.1: *Por no iniciar la carga de trabajo programada en la fecha establecida para cada subactividad, la multa será por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente.*

Esta penalidad corresponde a la revisión del servicio cerrado. En la carta 1745 se señala que la penalidad se aplicó por la demora del Consorcio de ocho (8) días en la revisión de servicio cerrado. Asimismo, se señala

que la revisión de servicio cerrado se realizó finalmente el 24.11.2010 con lo cual, se verifica que se está computando la penalidad hasta la subsanación pertinente.

- b) No ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas.
La Entidad aplicó la penalidad 6.1: *Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las bases integradas, sin perjuicio que el Consorcio corrija las observaciones sin costo alguno para SEDAPAL. La multa será por cada orden de servicio y/o trabajo mal ejecutado y por los días transcurridos desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente.*

En la carta 1745-2011-EC-Cc se señala que la penalidad se aplicó por la demora del Consorcio en efectuar la reapertura del servicio veintidós (22) días. Indica además que el reclamo del cliente se efectuó el 20.12.2010 y el 10.01.2011 se reaperturo el servicio.

En este caso, se cumple con el supuesto de la penalidad 6.1, pues la Entidad está señalando desde cuando inició el cómputo de la penalidad hasta la corrección pertinente.

El Tribunal Arbitral aprecia que no estamos frente a un mismo hecho que la Entidad pretende penalizar dos veces como ha señalado el contratista en su demanda. En este caso, se aprecia que se trata de un mismo suministro sobre el cual han ocurrido dos infracciones en momentos diferentes y que la Entidad ha precisado conforme lo establece cada penalidad aplicada, procediendo de esa manera conforme lo establece el contrato y exponiendo las razones por las cuales aplica la penalidad.

En tal sentido, habiéndose verificado que la carta 1745-2011-EC-ca expone las razones por las cuales aplica la penalidad y verificándose además que cumple con el cómputo de los días penalizables conforme lo establece el contrato, el Tribunal Arbitral conviene en declarar la validez de esta penalidad.

Penalidad N° 14

La Entidad aplica una penalidad ascendente a S/. 141,912.00 por: (i) no iniciar la carga de trabajo programada en la fecha establecida para cada sub actividad.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 1795-2011-EC-Ca y la carta N° 1796-2011-EC-Ca notificadas al contratista el 16.06.2011 la Entidad imputa al contratista una serie de incumplimientos dándole un plazo de 24 y 48 horas para que presente sus descargos.



El Consorcio, con carta N° 153-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada a SEDAPAL el 20.06.2011 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 2119-2011-EC-Ca notificada al contratista el 04.07.2011 se penalizó al contratista con la suma de S/. 141,912.00 por la penalidad 10.1: No iniciar la carga de trabajo en la fecha programada.

Análisis de la penalidad

La Entidad aplica la penalidad 10.1: *Por no iniciar la carga de trabajo programada en la fecha establecida para cada subactividad, la multa será por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente.*

En la carta 2119-2011-EC-Ca la Entidad señala que de 1028 órdenes de trabajo generadas, 440 fueron atendidas después de 24 horas. Asimismo indica que en atención a los descargos presentados por el contratista en relación a los problemas de comunicación con el sistema informático SGIO se ha verificado que 02 órdenes fueron atendidas, por lo que está procediendo a descontar las mismas. Asimismo, señala que los descargos presentados por el contratista contienen un reconocimiento de los retrasos y por esa razón, como medida correctiva, está procediendo a implementar una cuadrilla adicional.

El Tribunal Arbitral aprecia que en el presente caso, la Entidad cumple con señalar la penalidad y además ha valorado los descargos presentados por el contratista y se ha pronunciado al respecto. Adicionalmente, se aprecia que se está señalando que las órdenes de trabajo fueron atendidas después de 24 horas, apreciándose en el anexo a la carta 1795-2011-EC-Ca que se indica el tiempo en que el contratista atendió las órdenes de trabajo.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral verifica que en el presente caso la Entidad ha cumplido con lo establecido en la penalidad 10.1, por lo que, corresponde declarar válida la misma.

Respecto a los argumentos del contratista presentados en su demanda referidos a que no estaba obligado a atender estas órdenes de trabajo porque el compromiso asumido con carta N° 173-2010-GG/Consorcio AZB-HCI del 21 de diciembre de 2010, no le es exigible al no haberse regularizado en una adenda, dado que establecer un plazo no definido en las bases es un "cambio mayor":

"Precisamos que en ninguna parte de las bases se establece un plazo para la atención de las Emergencias Operativas, sin embargo, si bien con nuestra carta N° 173-2010-GG/CONSORCIO AZB-HCI de fecha 21.12.2011 damos nuestra conformidad al procedimiento planteado por SEDAPAL – Mantenimiento Correctivo para los Casos de Fuga de Agua en la Unidad de Medición enviado por correo electrónico el 07.12.2011, este nunca fue formalizado con arreglo a lo dispuesto en

el numeral 2.16 – Manejo de Cambios del Capítulo II del Proceso de Selección de las Bases Integradas del referido Contrato de Prestación de Servicios.

En efecto, establecer un plazo no definido en las Bases por cualquiera actividad implica un aumento del costo operativo, el mismo que esté enmarcado como Cambio Mayor o "CAMBIO" establecido en los Términos de Referencia del Servicio (numeral 2.16 – 'Manejo de Cambios' de las bases integradas): "Cualquier **cambio** será acordado por las partes y **posteriormente regularizado** mediante una **cláusula adicional al contrato**." (el resaltado y subrayado es nuestro).

El Tribunal Arbitral no comparte el criterio del contratista pues, la apreciación de que establecer un plazo no definido en las bases implica un aumento en el costo operativo, es una alegación que no ha acreditado.

En base a estas consideraciones, el Tribunal Arbitral conviene en declarar válida la penalidad aplicada.

Penalidad N° 15

La Entidad aplica una penalidad ascendente a S/. 8,424.00 por: (i) no ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 734-2011-EC-Ca notificada el 15.03.2011 SEDAPAL requirió al contratista que explique los motivos por los cuales no reaperturo los servicios de un suministro.

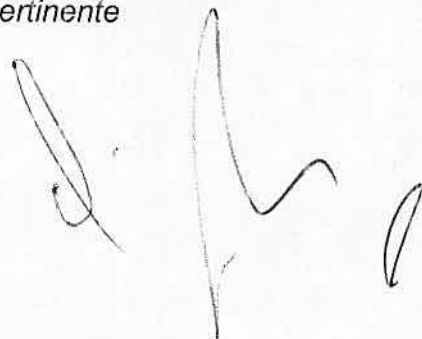
El Consorcio, a través de la Carta N° 27-2011/GG/CONAZUL notificada el 17.03.2011 presento sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 2242-2011-ECCa notificada el 18.07.2011 se penalizó al contratista con la suma de S/. 8,424.00 por:

6.1: No ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las Bases.

Análisis de la penalidad

La penalidad 6.1 establece: *Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las bases, sin perjuicio de que **EL CONTRATISTA** corrija las observaciones sin costo alguno para **SEDAPAL**, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo mal ejecutado y por los días transcurridos desde la fecha en que detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente*



En el presente caso la Entidad aplica una penalidad puesto que considera que el Contratista ejecutó una orden de reapertura recibida el 10 de febrero de 2011 el día 09 de marzo de 2011.

El Contratista en sus descargos señaló que dicha reapertura se ejecutó el día 11 de febrero de 2011, adjuntando una Orden de Servicio.

La Entidad señala que con fecha 09 de marzo de 2011 recibió una queja del cliente del suministro y el mismo día se produjo la reapertura.

En el presente caso, si bien el contratista adjunto en sus descargos una orden de servicio, esta no tiene firma del usuario o alguna seña que evidencie que se cumplió con efectuar la reapertura, la sólo presentación de la orden de trabajo no demuestra que se ejecutó el servicio, lo que evidencia es que la orden existió y que el contratista la recibió.

Por otro lado, se aprecia que en la carta N° 2242-2011-ECCa se cumple con lo estipulado en la penalidad 6.1 respecto de la cuantificación de la penalidad. En esta carta, la Entidad señala que transcurrieron 26 días desde que se emitió la orden de trabajo para la reapertura y que esta se produjo el 09 de marzo.

El Tribunal Arbitral verifica que la Entidad ha cumplido con lo dispuesto por la penalidad 6.1 por lo que, corresponde declarar la validez de la misma.

Penalidad N° 16

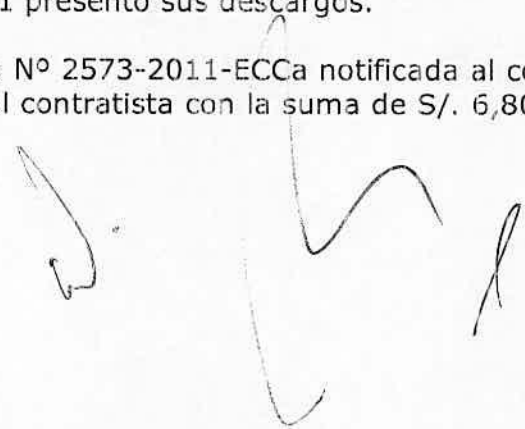
La Entidad aplica una penalidad ascendente a S/. 6,804.00 Nuevos Soles por: (i) no ejecutar la carga de trabajo programada en la fecha establecida en cada actividad.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 2407-2011-EC-Ca notificada el 05.08.2011 SEDAPAL imputo al consorcio que no había cumplido con atender la instalación de aproximadamente 700 medidores. Asimismo, con carta N° 2408-2011-EC-Ca notificada el 05.08.2011 imputo que en el mes de julio no había llegado a cumplir con la meta de implantación programada. En ambos casos se le concedió al contratista un plazo de 48 horas para presentar sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 207-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 09.08.2011 presento sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 2573-2011-ECCa notificada al contratista el 17.08.2011 se penalizó al contratista con la suma de S/. 6,804.00 por la penalidad 10.1



Análisis de la penalidad

La penalidad 10.1 establece: *Por no iniciar la carga de trabajo programada en la fecha establecida para cada subactividad, la multa será por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente.*

El Tribunal Arbitral aprecia que el contratista reconoce en sus descargos que no cumplió con la meta programada porque en el mes de julio dejó de prestar servicios su subcontratista JOM SAC.

Por otro lado, la penalidad 10.1 establece que la multa se computa por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente.

En la Carta N° 2573-2011-ECCa notificada al contratista el 17.08.2011 la Entidad señala que con carta 2156-2011-EC-Ca (notificada al consorcio el 08.07.2011) indicó al contratista que los aproximadamente 700 medidores debían estar ingresados al OPEN SGC al 26.07.2011 para su validación al sistema.

Asimismo, señala que el computo de la penalidad asciende a la suma de S/. 6,804.00 al día 16.08.2011.

El Tribunal Arbitral aprecia que la Entidad no ha sustentado porque razón efectúa el cómputo de la penalidad hasta el 16.08.2011 o si hasta esa fecha ya se había subsanado la infracción conforme lo establece la penalidad 10.1. Asimismo, tampoco justifica como es que obtiene la suma de S/. 6,804.00. Igualmente, se aprecia que el consorcio ofreció completar la instalación de los medidores durante el mes de agosto, pero no se aprecia que al 16.08.2011 haya cumplido con ello, la carta que aplica la penalidad no dice nada al respecto.

En base a este análisis, se aprecia que la Entidad no ha cumplido con el supuesto establecido en la penalidad 10.1 respecto del cómputo de la penalidad, por lo que, la misma resulta inválida.

Penalidad N° 17

La Entidad aplica una penalidad ascendente a S/. 1,080.00 por: (i) No cumplir con el pago de haberes y beneficios sociales.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 2789-2011-EC-Ca de fecha 01.09.2011 SEDAPAL requirió al consorcio que presente sus descargos respecto a la falta de pago de beneficios sociales de dos trabajadores.

El Consorcio, a través de la Carta N° 125-2011/GG/CONSORCI AZB-HCI notificada el 07.09.2011 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 3004-2011-ECCa notificada el 05.10.2011 se penalizó al contratista con la suma de S/. S/. 1,080.00 por la penalidad 15.1.

Análisis de la penalidad

La penalidad 15.1 establece: *Cuando se compruebe incumplimiento en el pago de haberes y/o beneficios de los trabajadores, se aplicará la multa por cada trabajador y en cada oportunidad que se detecte.*

En el presente caso la Entidad aplica una penalidad puesto que considera que el Contratista no cumplió con abonar la remuneración completa a los trabajadores, según lo revisado y verificado por el Jefe del Equipo Comercial de San Juan de Lurigancho.

Al respecto, se aprecia que la Entidad merituo los descargos del contratista y sustentó ampliamente las razones para desestimar los mismos.

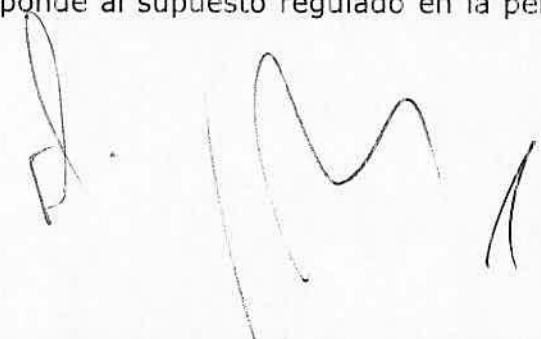
No obstante ello, el colegiado tiene en cuenta que la carta N° 3004-2011-ECCa señala:

"Por medio de la presente, me dirijo a usted, con el propósito de comunicarle que el Equipo Comercial Callao, amparado en el numeral 6.2 de la Cláusula Sexta del Contrato de Prestación de Servicios N° 130-210-SEDAPAL, procederá a aplicar una multa por S/. 1,080.00 Nuevos Soles, por incumplimiento en el pago de haberes y/o beneficios de los trabajadores de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las Bases Integradas del Servicio." (resaltado agregado)

No obstante, la penalidad 15.1 lo que establece es: *Cuando se compruebe incumplimiento en el pago de haberes y/o beneficios de los trabajadores, se aplicará la multa por cada trabajador y en cada oportunidad que se detecte.*

Como se puede apreciar, la penalidad contractual no es por incumplimiento en el pago de haberes y/o beneficios de los trabajadores de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las bases, conforme se indica en la carta 3004-2011-EC-Cc, sino que comprende la falta de pago de haberes y/o beneficios sociales sin remitirlos a las bases.

No se discute en el presente caso la falta de pago de los beneficios sociales de dos trabajadores, sino si el monto de su remuneración debe ser conforme a lo establecido en la estructura de gastos generales considerada por SEDAPAL como valor referencial. En tal sentido, la penalidad aplicada no corresponde al supuesto regulado en la penalidad 15.1.



Por tanto, se declara inválida la penalidad.

Penalidad N° 21

La Entidad aplica una penalidad ascendente a la suma de S/. 10,260.00 por: (i) no cumplir con los plazos de devolución de las cargas de trabajo.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 2986-2011-EC-Ca notificada el 29.09.2011 SEDAPA requirió al contratista que presente sus descargos respecto a la demora en la devolución de cargas de trabajo.

El Consorcio, con carta N° 198-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 04.10.2011 presentó sus descargos.

Posteriormente, con Carta N° 3053-2011-ECCa notificada el 13.10.2011 SEDAPAL penalizó al contratista con la suma de S/. 10,260.00 por la penalidad 10.4.

Análisis de la penalidad

La Entidad aplicó la penalidad 10.4: *Por el incumplimiento en los plazos para devolución de las cargas de trabajo o por retornarlas incompleta, la multa será por cada carga de trabajo y por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente.*

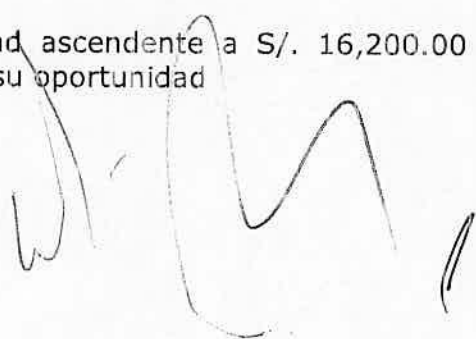
En el presente caso el Contratista señaló en sus descargos que seis cargas de trabajo estaban siendo supervisadas para corroborar información y una carga excedía su estándar de trabajo, lo que ocasionó la demora en su culminación. Estas alegaciones no desvirtuaron las imputaciones efectuadas por la Entidad.

Por otro lado, las Bases, en su numeral 5.7.4 establecen claramente los plazos para la devolución de las cargas de trabajo, lo cual corrobora que efectivamente no cumplió con la devolución de las cargas en los plazos señalados.

En cuanto al cómputo de la penalidad, esta se aplica por cada día de atraso hasta la subsanación pertinente. En el presente caso, en la carta 3053-2011-EC-Cc la Entidad ha detallado los días de retraso considerando la fecha de la carga y la última fecha de devolución, esto es, hasta la subsanación, con lo cual, se cumple con lo establecido en la penalidad 10.4, por lo que, corresponde declarar la validez de esta penalidad.

Penalidad N° 24

La Entidad aplica una penalidad ascendente a S/. 16,200.00 por: (i) reaperturas no actualizadas en su oportunidad



Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 3295-2011-EC-Ca de fecha 14.11.2011 SEDAPAL requirió al Consorcio que presente sus descargos por no haber actualizado y/o ejecutado ordenes de servicio por reaperturas.

El Consorcio, a través de la carta N° 297-2011/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 16.11.2011 presento sus descargos.

La Entidad con carta N° 3491-2011-ECCa notificada el 21.12.2011 penalizó al contratista con la suma de S/. 16,200.00 por la penalidades 6.1.

Análisis de la penalidad

La Entidad aplicó la penalidad 6.1: *Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las bases, sin perjuicio de que EL CONTRATISTA corrija las observaciones sin costo alguno para SEDAPAL, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo mal ejecutado y por los días transcurridos desde la fecha en que detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente.*

En el presente caso la Entidad penaliza al contratista por no cumplir con actualizar las Órdenes de Servicio de reaperturas simples en el sistema y, que se habían generado desde el 12.10.2011 al 11.11.2011 (564 Órdenes de Servicio) y desde el 10.10.2011 al 11.11.2011 (9 Órdenes de Servicio) por la suma de S/. 16,200.00.

El Tribunal Arbitral aprecia que la carta N° 3491-2011-ECCa no sustenta porque computa 30 días penalizables. En concreto, la Entidad no ha cumplido con sustentar cuando ocurrió la subsanación de la infracción conforme lo establece la penalidad 6.1. En tal sentido, esta penalidad es inválida.

Penalidad N° 25

La Entidad aplica una penalidad ascendente a S/. 16,425.00 por: (i) no cumplir con los plazos para la devolución de las cargas de trabajo.

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 3530-2011-EC-Ca notificada al contratista el 28.12.2011, SEDAPAL solicitó informar el motivo por el cual no se había actualizado en el sistema de SEDAPAL (SGIO) las órdenes de revisión de suministro cerrado según lo previsto en el numeral 5.8.3.5 – Revisión de los Servicios Cerrados, correspondiente a la Actividad: Actividades Persuasivas del Capítulo V de los Términos de Referencia de la Sección Específica - Condiciones Especiales del Proceso de Selección de las Bases Integradas del referido Contrato de Prestación de Servicios.

El Consorcio, con carta N° 002-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 02.01.2012 presento sus descargos señalando que todas

las órdenes de servicio de revisión de suministro cerrado fueron ejecutadas en su oportunidad y que a esa fecha estaban también actualizadas en el sistema de SEDAPAL en su totalidad.

Posteriormente, con la carta N° 081-2012-EC-Ca notificada el 17.01.2012, SEDAPAL aplicó la penalidad 10.4 por el monto de S/. 16,425.00.

Análisis de la penalidad

La Entidad aplicó la penalidad 10.4: *Por el incumplimiento en los plazos para devolución de las cargas de trabajo o por retornarlas incompleta, la multa será por cada carga de trabajo y por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente.*

En el presente caso la Entidad aplica una penalidad por no cumplir con actualizar 1546 Órdenes de Trabajo (comprendidos en 30 cargas) de revisión de suministro cerrado en el sistema informático de SEDAPAL (SGIO).

No obstante, la penalidad 10.4 establece que el cómputo se realiza por cada día de retraso hasta la subsanación. En el presente caso, la carta N° 081-2012-EC-Ca no indica cuando se efectuó la subsanación. En tal sentido, no se cumple con el supuesto de la penalidad 10.4 por lo que, la penalidad es inválida.

Penalidad N° 26

La Entidad aplica una penalidad por no cumplir con: (i) no cumplir con los plazos para la devolución de las cargas de trabajo.

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 053-2012-EC-Ca notificada el 12.01.2012, SEDAPAL solicita al Consorcio que informe el motivo por el cual no se ha ejecutado la reposición y/o cambio de un grupo de medidores por gestión, amparado en el numeral 5.11 - Gestión Integral de Medición, correspondiente a las Actividades: Gestión Integral de Medición del Capítulo V de los Términos de Referencia de la Sección Específica - Condiciones Especiales del Proceso de Selección de las Bases Integradas del referido Contrato de Prestación de Servicios.

El Consorcio a través de la carta N° 004-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 17.01.2012, presentó sus descargos.

Posteriormente, con la carta N° 127-2012-EC-Ca notificada el 20.01.2012, SEDAPAL aplicó al contratista la penalidad 10.4 por un monto de S/.1'634,288.00, por no culminar con la actividad B.20 - Reposición de Medidores por Robo, Vandalismo o Inoperativo.

El contratista con carta N° 014-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI de fecha 30.01.2012, presentó reconsideración a dicha penalidad.

SEDAPAL con carta N° 488-2012-EC-Ca del 21.03.2012, aceptó la reconsideración y solicita información sustentatoria adicional para responder su carta N° 014-2012.

Con carta 071-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI del 27.03.2012 el contratista remitió la información solicitada donde se manifiesta que los casos supuestamente pendientes se refieren a imposibilidades que fueron reportadas oportunamente a SEDAPAL para que fueran actualizadas en su sistema.

Finalmente, con carta N° 657-2012-EC-Ca del 12.04.2012, SEDAPAL reajusta la penalidad en la suma de S/.56,393.00.

Análisis de la penalidad

La Entidad aplicó la penalidad 10.4: *Por el incumplimiento en los plazos para devolución de las cargas de trabajo o por retornarlas incompleta, la multa será por cada carga de trabajo y por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente.*

La Entidad con carta N° 657-2012-EC-Ca reconsidera el cálculo de la penalidad aplicada, presentando como fecha límite de ejecución de la actividad el 08.11.2011 y 01.12.2011, pero no justificando porque considera dichas fechas como si fueran las de subsanación pertinente conforme lo establece la penalidad 10.4.

En tal sentido, la penalidad aplicada no se ajusta a lo establecido en el contrato, razón por la cual, se declara inválida la penalidad.

Penalidad N° 28

La Entidad aplica una penalidad ascendente a S/. 56,940.00 por: (i) exceso de carga asignada y; (ii) por no utilizar los equipos capturadores

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 212-2012-EC-Ca del 07.02.2012, SEDAPAL solicita las explicaciones sobre los rendimientos correspondientes a un supuesto exceso de carga de trabajo de lectores, según lo previsto en los numerales 5.6.8 – Rendimiento en Ocho Horas de Trabajo, 5.6.2 – Metodología de trabajo literal b) y 5.6.3 – Requerimiento y Condiciones Específicas de la Actividad literal b), correspondientes a la Actividad: Toma de Estado del Capítulo V de los Términos de Referencia de la Sección Específica - Condiciones Especiales del Proceso de Selección de las Bases Integradas del referido Contrato de Prestación de Servicios.

El Consorcio a través de la carta N° 041-2012/CG/CONSORCIO AZB-HCI del 09.02.2012 presento descargos ampliando lo señalado en su anterior carta N° 016-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI.

Posteriormente, con carta N° 314-2012-EC-Ca notificada el 21.02.2012, SEDAPAL aplicó una multa por un monto total de S/.56,940.00 en aplicación de la penalidad 6.2, por supuestamente exceder las cargas de trabajo de lectores en el mes de febrero 2012, y 5.2 por no utilizar los equipos de comunicación.

Análisis de la penalidad

En el presente caso la Entidad aplica una penalidad por el exceso en la carga de tomas de lectura en razón de la verificación realizada en campo el 02 de febrero de 2012 a la carga de cuatro lectores correspondiente al ciclo 02.

El Contratista ha señalado que las Bases permiten rendimientos mayores al 10% no sujeto a penalización siempre y cuando se acredite que dicho rendimiento ha sido alcanzado aplicando otras metodologías de trabajo, siempre y cuando se respete la carga laboral del trabajador en 08 horas diarias y/o 48 horas semanales, siendo que además mediante Carta 016-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI de fecha 06 de febrero de 2012 explicaron la nueva metodología de trabajo que permitía un mayor rendimiento en ocho horas de trabajo.

La Entidad aplica las penalidades:

6.2: Por cada trabajo ejecutado que exceda el promedio de carga estimada por subactividad, la multa será por cada trabajador con exceso de carga y por los días transcurridos desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta las acciones correctivas pertinentes.

5.2: Por no hacer uso de los equipos necesarios en la ejecución de la subactividad, la multa será por cada equipo y por día de transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente

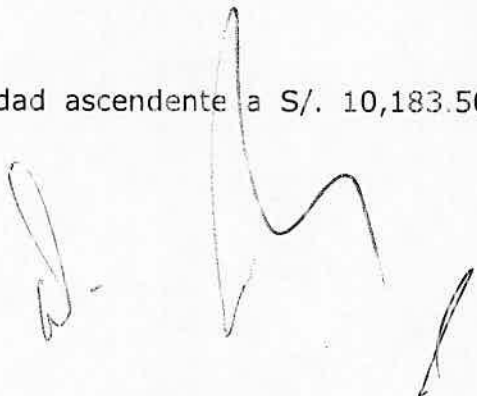
Ambas penalidades establecen que para determinar el número de días penalizables debe computarse desde la fecha que se detectó la ocurrencia hasta que se tomen las acciones correctivas.

En el presente caso, la penalidad aplicada en la carta N° 314-2012-EC-C no indica cual es el número de días que ha considerado ni cómo es que lo ha determinado, en tal sentido, no cumple con lo establecido en las cláusulas contractuales que regulan la penalidad que pretende aplicar.

De esta forma, no puede verificarse cuantos días han pasado para la subsanación de la observación ni tampoco puede penalizarse sino se tiene esa información. En tal sentido, el Tribunal Arbitral declara inválida esta penalidad.

Penalidad N° 29

La Entidad aplica una penalidad ascendente a S/. 10,183.50 por: (i) exceso de carga asignada



Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 403-2012-EC-Ca notificada el 08.03.2012 SEDAPAL solicitó al contratista sustentar el supuesto exceso de carga en toma de estado, en el mes de marzo 2012.

El Consorcio con carta 088-2012/CG/CONSORCIO AZB-HCI del 14.03.2012, respondió reiterando los sustentos relacionados a las mejoras en los procedimientos de trabajo que permiten que los rendimientos de su personal se hayan incrementado.

Posteriormente, con carta N° 456-2012-EC-Ca de fecha 15.03.2012, se aplicó penalidad 6.2 por un monto de S/.10,183.50, por los supuestos excesos de carga en toma de estado del mes de marzo 2012.

Análisis de la penalidad

La Entidad aplica la penalidad 6.2: *Por cada trabajo ejecutado que exceda el promedio de carga estimada por subactividad, la multa será por cada trabajador con exceso de carga y por los días transcurridos desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta las acciones correctivas pertinentes*

Esta penalidad establece que el cómputo de la misma se debe efectuar por los días transcurridos en que se detectó la ocurrencia hasta las acciones correctivas pertinentes.

En la carta N° 456-2012-EC-Ca que aplica la penalidad, la Entidad señala que procede a aplicar la multa *"amparado en el numeral 6.2) de la Cláusula Sexta del Contrato C..." procederá a aplicar una multa por S/. 10 183,50 Nuevos Soles, derivada de la verificación de la programación de cargas de la toma de estado, correspondiente a los ciclos 01 al 04 del mes de marzo 2012; la misma que será descontada de su pago mensual correspondiente."*

En este extremo de la carta no se ha tenido en cuenta que el cómputo de la penalidad debe considerar hasta la fecha en que se toman acciones correctivas, lo cual no se indica en la carta en comentario. Asimismo, tampoco se aprecia cómo es que la Entidad ha efectuado el cálculo para obtener el monto de S/.10,183.50. En tal sentido, se verifica que la multa aplicada no se ajusta al procedimiento contenido en la penalidad 6.2 por lo que, corresponde declarar su invalidez.

Penalidad N° 30

La Entidad aplica una penalidad ascendente a S/. 14,235.00 por no cumplir con: (i) emplear materiales autorizados.

Antecedentes de la penalidad:

Con la carta 629-2012-EC-Ca del 04.04.2012, SEDAPAL requiere al contratista que presente sus descargos respecto a trabajos de implantación ejecutados en periodos anteriores al 19.03.2012.

Con carta N° 88-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 16.04.2012 el Consorcio presento sus descargos.

Posteriormente, con carta 819-2012-EC-Ca del 10.05.2012 la Entidad penalizó al contratista con la penalidad 7.1 Opor la suma de S/. 14,235.00 por las siguientes penalidades:

Análisis de la penalidad

El Contratista señala en su demanda que la aplicación de la penalidad no tiene sustento, ya que como se menciona en su pedido de reconsideración, en el mes de marzo del 2012 se acordó en una reunión con presencia de la jefatura del EMR por parte de SEDAPAL, del Ing. Pedro Apoyala por parte de la supervisión externa contratada por SEDAPAL (Consortio Ingeniería) y representantes del Contratista, que solamente en caso de encontrarse terreno saturado o deleznable por tener material orgánico, se utilizaría el reemplazo de terreno con afirmado.

Sin embargo, en el presente caso no se ha acreditado la existencia de dicho acuerdo, siendo que la Entidad tampoco ha aceptado que dicho acuerdo haya existido, sino que más bien se ha ratificado en la aplicación de la penalidad en los términos propuestos por el Equipo Comercial Callao en su Carta 819-2012-EC-Ca del 10 de mayo de 2012. Señala asimismo que la evidencia de que la Supervisión externa contratada por SEDAPAL es consciente de la validez de este acuerdo, es que posteriormente validó la ejecución de estos trabajos cuestionados y autorizó su valorización, según se puede verificar en la base de datos de los sistemas de SEDAPAL.

Ahora bien, la Entidad aplica la penalidad 7.1: *Por emplear materiales no autorizados por **SEDAPAL** en la ejecución de las subactividades, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se ejecutó el trabajo hasta la subsanación pertinente; es decir, sin perjuicio de que **EL CONTRATISTA** deberá retirar dicho material y remplazarlo por otro que cumpla con las características técnicas autorizadas y normalizadas. El reemplazo será sin costo alguno para **SEDAPAL***

Como se puede apreciar la penalidad contractual establece que la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se ejecutó el trabajo hasta la subsanación.

En el último párrafo de la carta 819-2012-EC-Ca se señala que la equivalencia será tomando en consideración desde la fecha de observación de la actividad (22.03.2012) hasta la notificación de

Sedapal, es decir mediante la carta 629-2012-ECCa de fecha 04.04.2012 correspondiendo a dicha penalidad S/. 14,235.00 Nuevos Soles.

En el presente caso, se aprecia que la Entidad ha planteado una equivalencia para determinar el número de días computables para la penalidad, lo cual es diferente a que sólo ponga una fecha sin señalar a que se debe dando la apariencia de arbitrariedad. En tal sentido, se aprecia que la multa aplicada se ajusta a lo establecido en la penalidad 7.1, por lo que corresponde declarar válida dicha penalidad.

Penalidad N° 31

La Entidad aplica una penalidad ascendente a S/. 41,172.00 por no cumplir con: (i) iniciar la carga de trabajo en la fecha establecida.

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 803-2012-EC-Ca del 07.05.2012, SEDAPAL imputó al contratista no haber ejecutado 33 cierres drásticos de matriz.

El contratista con carta N° 129-2012/CG/CONAZUL del 09.05.2012, presentó sus descargos.

Posteriormente, con carta 914-2012-EC-Ca del 23.05.2012, SEDAPAL impone la penalidad 10.1.

Análisis de la penalidad

En el presente caso la Entidad aplica una penalidad por no haber ejecutado 14 cierres drásticos en matriz.

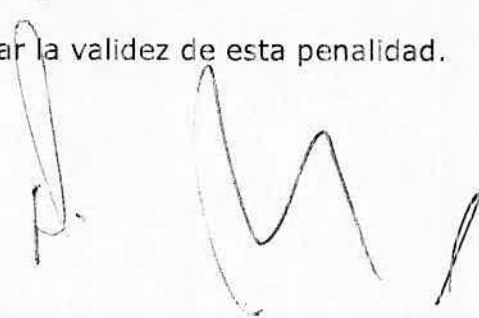
El Contratista señala que de los 33 casos solamente 14 quedaron pendientes de ejecutar debido a oposición del cliente al cierre, hecho que no ha acreditado mediante medio probatorio alguno. Es decir, reconoce el incumplimiento.

La Entidad en la carta 914-2012-EC aplica la penalidad 10.1 por: *Por no iniciar la carga de trabajo programada en la fecha establecida para cada subactividad, la multa será por cada día de retraso hasta la subsanación pertinente*

Esta penalidad establece que la multa se calculará por cada día de atraso hasta la subsanación pertinente.

En el presente caso, en la carta N° 914-2012 se aprecia un cuadro en donde se indica el número de días para la subsanación, con lo cual, se cumple el requisito establecido en la penalidad 10.1.

En tal sentido, corresponde declarar la validez de esta penalidad.



Penalidad N° 32

La Entidad aplica una penalidad ascendente a la suma de S/. 3,723.00 por: (i) no cumplir con presentar la información solicitada en la fecha solicitada.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 908-2012-ECCa notificada el 23.05.2012, SEDAPAL solicito los descargos al contratista por la falta de actualización de 2,742 órdenes de trabajo.

El Consorcio, a través de la Carta N° 140-2012/GG/CONAZUL notificada el 24.05.2012 presento sus descargos.

Posteriormente, con carta N° 975-2012-ECCa del 15.06.2012 se penalizó al contratista con la suma de S/. S/. 3,723.00 por la penalidad: 9.2

Análisis de la penalidad

En el presente caso la Entidad aplica una penalidad por no actualizar cuatro cargas de Órdenes de Trabajo de revisión de servicios cerrados.

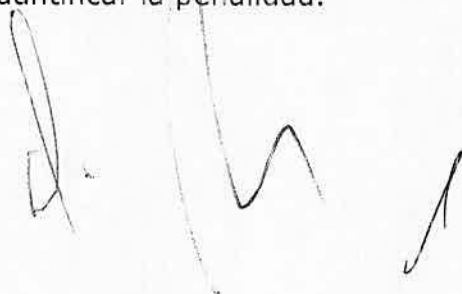
El Contratista señala que existen muchas órdenes mal generadas por SEDAPAL y que por lo tanto, no obstante haberlas trabajado en su oportunidad, las mismas no pueden ser actualizadas en el sistema, es decir que el inconveniente se viene generando por problemas internos del sistema de SEDAPAL, lo que constituye una causa no imputable a CONAZUL, razón por la cual no cabe la imposición de penalidad alguna.

En la carta N° 975-2012-ECCa SEDAPAL se pronuncia sobre estos descargos y además indica que no es cierto que el contratista no tiene capacidad operativa

Asimismo, aplica la penalidad 9.2: *Por no presentar la información solicitada en la fecha y hora establecidas para cada subactividad, o presentarla incompleta sin la debida sustentación, la multa será por cada subactividad y por los días transcurridos desde la fecha en que debió ser entregada la información hasta la subsanación pertinente*

Esta penalidad establece que para el cálculo de la multa esta será por cada subactividad y por los días transcurridos desde la fecha en que debió ser entregada la información hasta la subsanación pertinente.

En la carta materia de análisis se presenta un cuadro en el que aparece la cantidad de carga entregada y la fecha de subsanación, en tal medida se cumple con el requisito para cuantificar la penalidad.



En razón de lo antes expuesto, se verifica que se ha cumplido con lo dispuesto por la penalidad 9.2 por lo que, corresponde declarar válida la penalidad.

Penalidad N° 35

La Entidad aplica una penalidad ascendente a S/. 4,927.50 por: (i) personal sin equipo de protección personal.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 941-2012-EC-Ca notificada el 30.05.2012 SEDAPAL notificó al Consorcio para que presente sus descargos por una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 153-2012/GG/CONAZUL notificada el 30.05.2012 presento sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 967-2012-ECCa del 06.06.2012 se penalizó al contratista con la suma de S/. 4,927.50 por las siguientes penalidades:

- 1.3 Omisión de equipo de protección personal.
- 1.5 Omisión de fotocheck

Análisis de la penalidad

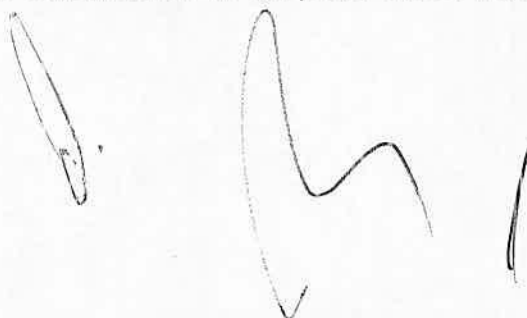
En el presente caso la Entidad aplica las penalidades:

1.3: Por trabajador que no cuente con equipo de protección personal en el momento de estar realizando la sub-actividad: guantes, orejeras, respiradores, botas de jebe cortas y/o musleras, casco y/o lentes protectores, etc., la multa será por trabajador y por día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.

1.5: Por trabajador que no porta el fotocheck en todo momento y en el lugar indicado, la multa será por trabajador y por cada día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.

El Contratista ha señalado en sus descargos que a la fecha de notificación por parte de la Entidad el incumplimiento ya se había subsanado, siendo que la Entidad en sus cartas mediante la que aplica la penalidad y responde a la Reconsideración señala que al aplicar la penalidad asume como fecha de levantamiento de la observación el 30 de mayo de 2012.

En el presente caso, SEDAPAL detectó la infracción, y notificó al contratista para que levante la observación en un plazo de 24 horas.



El contratista reconoció que la infracción ocurrió pero que fue levantada el mismo día.

Ahora bien, SEDAPAL señala que el contratista debió presentar sus descargos en forma inmediata y no cinco días después, postura con la que concuerda el Tribunal Arbitral pues corresponde al deber de diligencia del contratista. Este conoce que ha incurrido en una infracción, en un supuesto penalizable, por lo que, está en su esfera de acción tomar las medidas necesarias e inmediatas para subsanar la omisión. En tal sentido, el Tribunal Arbitral tiene por válida la penalidad aplicada por la Entidad.

Penalidad N° 37

La Entidad aplica una penalidad de S/. 13,687.50 por: (i) no cumplir con la eliminación del desmonte.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 1036-2012-EC-Ca notificada el 25.06.2012 SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 177-2012/CG/CONAZUL notificada el 27 de junio de 2012 presento sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1060-2012-ECCa del 28.06.2012 se penalizó al contratista con la suma de S/. 13,687.50 por:

8.2: No cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo.

Análisis de la penalidad

A continuación el Tribunal Arbitral procederá al análisis de esta penalidad:

La Entidad aplica la penalidad 8.2: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.*

En este caso se aprecia que la Entidad ha calculado la penalidad para cada uno de los 09 suministros considerando como periodo de cálculo de la penalidad los días transcurridos desde la fecha prevista en que se debió eliminar el desmonte hasta la fecha de supervisión.

Este cálculo no es conforme con lo establecido en la penalidad 8.2, que establece que la penalidad se calcula desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente. La Entidad ha considerado como fecha de subsanación, la fecha en que la Supervisión

efectuó la constatación de la presencia de desmonte, lo cual no es la fecha en que el contratista cumplió con levantar la observación.

Lo que se aprecia es que a partir de la Información recibida por la Supervisión, la Entidad mediante carta N° 1036-2012-EC-Ca notificada el 25.06.2012 imputó al contratista el no haber levantado el desmonte dentro de las 24 horas. Al respecto, el contratista mediante carta N° 177-2012/GG/CONAZUL notificada el 27.06.2012 presentó sus descargos.

En la carta materia de análisis la Entidad evalúa los descargos del contratista y señala que si bien se evidencia que las observaciones fueron subsanadas ello no justifica el incumplimiento del plazo de 12 horas para el levantamiento del desmonte, teniendo en cuenta que dichos trabajos fueron ejecutados con varios días de anterioridad.

El Tribunal aprecia que la Entidad tiene por cierto que el contratista subsanó la observación, pero asume que dicha subsanación ocurrió en la misma fecha en que la supervisión detectó la falta de eliminación del desmonte (22.05.2012), sin justificar esa decisión. En tal sentido, el cálculo efectuado no se ajusta a lo establecido en la penalidad 8.2 por lo que resulta inválida.

En razón de lo antes expuesto, el Tribunal declara que la penalidad contenida en la carta N° 10602012-ECCa del 28.06.2012 es inválida.

Penalidad N° 38

La Entidad aplicó una penalidad de S/. 130,302.00 por: (i) no cumplir con la eliminación del desmonte.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta 628-2012-ECCa notificada el 04.04.2012, SEDAPAL notificó al Consorcio una serie de incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 87-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 16.04.2012 presentó sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1105-2012-ECCa del 06.07.2012 se penalizó al contratista con la suma de S/. 130,302.00 por las siguientes penalidades:

8.2: No cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo.

Análisis de la penalidad

La Entidad aplica la penalidad 8.2: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será*

por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmante hasta la subsanación pertinente.

En este caso se aprecia que la Entidad ha calculado la penalidad para cada uno de los 46 suministros considerando como periodo de cálculo de la penalidad los días transcurridos desde la fecha prevista en que se debió eliminar el desmante hasta la fecha de supervisión.

Este cálculo no es conforme con lo establecido en la penalidad 8.2, que establece que la penalidad se calcula desde la fecha en que se debió eliminar el desmante hasta la subsanación pertinente. La Entidad ha considerado como fecha de subsanación, la fecha en que la Supervisión efectuó la constatación de la presencia de desmante, lo cual no es la fecha en que el contratista cumplió con levantar la observación.

Lo que se aprecia es que a partir de la Información recibida por la Supervisión, la Entidad mediante carta N° 628-2012-ECCa notificada el 04.04.2012, imputó al contratista el no haber levantado el desmante dentro de las 24 horas. Al respecto, el contratista mediante carta N° 87-2012/GG/CONSORCIO AZB-HCI notificada el 16.04.2012 presentó sus descargos.

En la carta materia de análisis la Entidad evalúa los descargos del contratista y señala que si bien se evidencia que las observaciones fueron subsanadas ello no justifica el incumplimiento del plazo de 12 horas para el levantamiento del desmante, teniendo en cuenta que dichos trabajos fueron ejecutados con varios días de anterioridad.

El Tribunal aprecia que la Entidad tiene por cierto que el contratista subsanó la observación, pero asume que dicha subsanación ocurrió en la misma fecha en que la supervisión (09.03.2012) detectó la falta de eliminación del desmante, sin justificar esa decisión. En tal sentido, el cálculo efectuado no se ajusta a lo establecido en la penalidad 8.2 por lo que resulta inválida.

En razón de lo antes expuesto, el Tribunal declara que la penalidad contenida en la carta N° 1105-2012-ECCa del 06.07.2012 es inválida.

Penalidad N° 39

La Entidad aplica una penalidad por no cumplir con: (i) no ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas, (ii) por no emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias y; (iii) por no cumplir con la eliminación del desmante.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 719-2012-EC-Ca notificada el 20.04.2012 SEDAPAL notificó al Consorcio (con fecha 20.04.2012) una serie de

incumplimientos concediéndole el plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 101-2012/GG/CONAZUL notificada el 26.04.2012 presento sus descargos.

Finalmente, mediante Carta N° 1145-2012-ECCa del 13.07.2012 se penalizó al contratista con la suma de S/. 175 640,00 por las siguientes penalidades:

6.1: No ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las Bases.

8.2: No cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo, y;

11.1: No emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias

Análisis de la penalidad

A continuación el Tribunal Arbitral procederá al análisis de cada una de estas penalidades:

- a) Sobre los trabajos no ejecutados de acuerdo a las especificaciones técnicas:

La Entidad aplica la penalidad 6.1: Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas descritas en las bases, sin perjuicio de que EL CONTRATISTA corrija las observaciones sin costo alguno para SEDAPAL, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo mal ejecutado y por los días transcurridos desde la fecha en que detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente.

En la carta materia de análisis se aplica esta penalidad a tres suministros, computando como periodo de la multa el de la fecha en que se efectuó la supervisión. El Tribunal Arbitral aprecia que este cálculo de la penalidad no se ajusta a lo establecido en la penalidad 6.1, que expresamente señala que la penalidad se calculara desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la corrección pertinente.

En el presente caso, la Entidad no ha verificado cuando se efectuó la corrección, con lo cual no se cumple con el numeral 6.1. En tal sentido, no es posible validar una penalidad que no se ajusta a lo establecido al procedimiento de cálculo establecido en el contrato.

- b) Sobre la señalización:

La Entidad aplica la penalidad 11.1: Por no emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias, es decir, no

conforme a la cartilla respectiva. La multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos hasta la subsanación pertinente.

En este caso, al igual que en el anterior supuesto, la Entidad ha calculado la penalidad para 06 suministros por la falta de señalización sin tener en cuenta que la penalidad se debía calcular por los días transcurridos hasta la fecha de subsanación. Se aprecia que el cálculo efectuado considera la fecha en que se realizó la supervisión sin determinar cuándo se levantó la subsanación.

En el presente caso, la Entidad no ha verificado cuando se efectuó la corrección, con lo cual no se cumple con el numeral 11.1. En tal sentido, no es posible validar una penalidad que no se ajusta a lo establecido al procedimiento de cálculo establecido en el contrato.

c) Sobre la falta de eliminación de desmontes:

La Entidad aplica la penalidad 8.2: Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.

En este caso se aprecia que la Entidad ha calculado la penalidad para cada uno de los 46 suministros considerando como periodo de cálculo de la penalidad los días transcurridos desde la fecha prevista en que se debió eliminar el desmonte hasta la fecha de supervisión.

Este cálculo no es conforme con lo establecido en la penalidad 8.2, que establece que la penalidad se calcula desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente. La Entidad ha considerado como fecha de subsanación, la fecha en que la Supervisión efectuó la constatación de la presencia de desmonte, lo cual no es la fecha en que el contratista cumplió con levantar la observación.

Lo que se aprecia es que a partir de la Información recibida por la Supervisión, la Entidad mediante carta N° 719-2012-EC-Ca notificada el 20.04.2012 imputó al contratista el no haber levantado el desmonte dentro de las 24 horas. Al respecto, el contratista mediante carta N° 101-2012/GG/CONAZUL notificada el 26.04.2012 presentó sus descargos.

En la carta materia de análisis la Entidad evalúa los descargos del contratista y señala que si bien se evidencia que las observaciones fueron subsanadas ello no justifica el incumplimiento del plazo de 12 horas para el levantamiento del desmante, teniendo en cuenta que dichos trabajos fueron ejecutados con varios días de anterioridad.

El Tribunal aprecia que la Entidad tiene por cierto que el contratista subsanó la observación, pero asume que dicha subsanación ocurrió en la misma fecha en que la supervisión detectó la falta de eliminación del desmante, sin justificar esa decisión. En tal sentido, el cálculo efectuado no se ajusta a lo establecido en la penalidad 8.2 por lo que resulta inválida.

En razón de lo antes expuesto, el Tribunal declara que la penalidad contenida en la carta N° 1145-2012-ECCa del 13.07.2012 es inválida.

Penalidad N° 40

La Entidad aplica una penalidad por no cumplir con: (i) por no cumplir con la eliminación del desmante; (ii) por no contar con implementos de seguridad y; (iii) por falta de señalización.

Antecedentes de la penalidad:

Mediante carta N° 1103-2012-ECCa notificada el 22.04.2012 SEDAPAL imputo al Consorcio una serie de incumplimientos dándole un plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio, a través de la Carta N° 198-2012/CG/CONAZUL notificada el 26.04.2012 presento sus descargos.

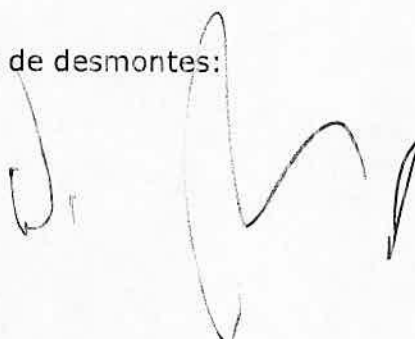
Finalmente, mediante Carta N° 1146-2012-ECCa notificada al contratista el 17.07.2012 se penalizó al contratista con la suma de S/. 18,943,50 640,00 por las siguientes penalidades:

- 8.2: No cumplir con la eliminación de desmante dentro de las doce horas de generado el mismo,
- 1.3: No contar con equipo de protección personal, para el caso de trabajador; y;
- 11.1: No emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias.

Análisis de la penalidad

A continuación el Tribunal Arbitral procederá al análisis de cada una de estas penalidades:

- a) Sobre la falta de eliminación de desmontes:



La Entidad aplica la penalidad 8.2: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.*

En este caso se aprecia que la Entidad ha calculado la penalidad para cada uno de los 7 suministros considerando como periodo de cálculo de la penalidad los días transcurridos desde la fecha prevista en que se debió eliminar el desmonte hasta la fecha de supervisión.

El Tribunal aprecia que este cálculo no se ajusta al procedimiento de cálculo establecido en la penalidad 8.2, el cual establece que la penalidad se calcula desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente. La Entidad ha considerado como fecha de subsanación, la fecha en que la Supervisión efectuó la constatación de la presencia de desmonte, lo cual no es la fecha en que el contratista cumplió con levantar la observación.

En efecto, lo que se aprecia es que a partir de la Información recibida por la Supervisión, la Entidad mediante carta N° 1103-2012-ECCa notificada el 22.04.2012 imputó al contratista el no haber levantado el desmonte dentro de las 24 horas.

Al respecto, el contratista mediante carta N° 198-2012/CG/CONAZUL del 16.07.2012 presentó sus descargos.

En la carta materia de análisis se evalúan los descargos del contratista y se señala que si bien el contratista en su descargo evidenció que las observaciones fueron subsanadas ello no justifica el incumplimiento del plazo de 12 horas para el levantamiento del desmonte, teniendo en cuenta que dichos trabajos fueron ejecutados con varios días de anterioridad.

El Tribunal aprecia que la Entidad tiene por cierto que el contratista subsanó la observación, pero no ha precisado en la carta que aplica la penalidad la fecha en que ocurrió dicho subsanación, no existiendo justificación para considerar que dicha subsanación fue la misma fecha en que la supervisión detectó la falta de eliminación del desmonte (22.06.2012). En tal sentido, el cálculo efectuado no se ajusta a lo establecido en la penalidad 8.2 por lo que resulta inválida.

- b) Sobre el equipo de protección personal
La Entidad aplica la penalidad 1.3: *Por trabajador que no cuente con equipo de protección personal en el momento de estar*

realizando la sub-actividad: guantes, orejeras, respiradores, botas de jebe cortas y/o musleras, casco y/o lentes protectores, etc., la multa será por trabajador y por día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente

En este caso en sus descargos el contratista señala que este era un caso aislado, reconociendo de ese modo la infracción.

Se aprecia que la Entidad ha calculado la penalidad considerando la fecha de supervisión.

El procedimiento establecido en la penalidad 1.3 establece que la penalidad se computa desde que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente. En el presente caso, de lo señalado por el contratista se aprecia que este señala que el mismo día se subsana la observación.

En tal sentido, en este caso si es posible verificar que la penalidad se aplicó conforme el procedimiento establecido en la penalidad 1.3

c) Sobre la señalización

La Entidad aplica la penalidad 11.1: *Por no emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias, es decir, no conforme a la cartilla respectiva. La multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos hasta la subsanación pertinente.*

En este caso, la Entidad ha calculado la penalidad para 03 suministros por la falta de señalización sin tener en cuenta que la penalidad se debía calcular por los días transcurridos hasta la fecha de subsanación. Se aprecia que el cálculo efectuado considera la fecha en que se realizó el trabajo y la fecha en que la Supervisión detectó la infracción, sin determinar cuándo se levantó la subsanación.

En el presente caso, la Entidad no ha verificado cuando se efectuó la corrección, con lo cual no se cumple con el numeral 11.1. En tal sentido, no es posible validar una penalidad que no se ajusta a lo establecido al procedimiento de cálculo establecido en el contrato.

Conclusión:

El Tribunal Arbitral declara parcialmente válida la penalidad, reconociendo la imputación referida a la penalidad 1.3 por S/ 328.50 Nuevos Soles.

Penalidad N° 41

La Entidad aplica una penalidad por no cumplir con: (i) No contar con equipo de protección personal, para el caso de trabajador; (ii) No

cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo, y; (iii) No emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias.

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 721-2012-EC-Ca notificada al Consorcio el 20.04.2012 la Entidad imputó al contratista una serie de incumplimientos dándole un plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio presentó sus descargos con carta N° 102-2012/GG/CONAZUL el 26.04.2012.

Mediante Carta N° 1155-2012-ECCa del 17.07.2012 se penalizó al contratista por los siguientes incumplimientos:

- o 8.2: No cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo,
- o 1.3: No contar con equipo de protección personal, para el caso de trabajador; y;
- o 11.1: No emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias.

Análisis de la penalidad

A continuación el Tribunal Arbitral procederá al análisis de cada una de estas penalidades:

a) Sobre la falta de eliminación de desmontes:

La Entidad aplica la penalidad 8.2: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.*

En este caso se aprecia que la Entidad ha calculado la penalidad para 8 suministros considerando como periodo de cálculo de la penalidad los días transcurridos desde la fecha prevista en que se debió eliminar el desmonte hasta la fecha en que la supervisión detectó la infracción.

Este cálculo no se ajusta al procedimiento establecido en la penalidad 8.2, el cual establece que la penalidad se calcula desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente. La Entidad ha considerado como fecha de subsanación, la fecha en que la Supervisión efectuó la constatación de la presencia de desmonte, lo cual no es la fecha en que el contratista cumplió con levantar la observación.

En efecto, lo que se aprecia es que a partir de la Información recibida por la Supervisión, la Entidad mediante carta N° 721-2012-ECCa notificada el 22.04.2012 imputó al contratista el no haber levantado el desmonte dentro de las 24 horas.

Al respecto, el contratista mediante carta N° 102-2012/GG/CONAZUL del 26.04.2012 presento sus descargos.

En la carta materia de análisis se evalúan los descargos del contratista y se señala que si bien el contratista en su descargo evidenció que las observaciones fueron subsanadas ello no justifica el incumplimiento del plazo de 12 horas para el levantamiento del desmonte, teniendo en cuenta que dichos trabajos fueron ejecutados con varios días de anterioridad.

El Tribunal aprecia que la Entidad tiene por cierto que el contratista subsanó la observación, pero no ha precisado la fecha en que ocurrió dicho subsanación, no existiendo justificación para considerar que dicha subsanación fue la misma fecha en que la supervisión detecto la falta de eliminación del desmonte (09, 10 y 11 de abril de 2012). En tal sentido, el cálculo efectuado no se ajusta a lo establecido en la penalidad 8.2 por lo que resulta inválida.

- b) **Sobre el equipo de protección personal**
La Entidad aplica la penalidad 1.3: *Por trabajador que no cuente con equipo de protección personal en el momento de estar realizando la sub-actividad: guantes, orejeras, respiradores, botas de jebe cortas y/o musleras, casco y/o lentes protectores, etc., la multa será por trabajador y por día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.*

En este caso se aprecia que el contratista no presento descargos sobre esta imputación. Sin perjuicio de ello, la Entidad ha calculado la penalidad considerando la fecha de supervisión, no existe evidencia de que el contratista efectuó la subsanación ni tampoco lo reconoce.

El procedimiento establecido en la penalidad 1.3 establece que la penalidad se computa desde que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente. En el presente caso, no se ha determinado cuando se subsano la infracción, por lo que no se cumple con la penalidad 1.3 por lo que esta penalidad resulta invalida.

- c) **Sobre la señalización**
La Entidad aplica la penalidad 11.1: *Por no emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias, es decir, no conforme a la cartilla respectiva. La multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos hasta la subsanación pertinente*

En este caso, la Entidad ha calculado la penalidad para 05 suministros por la falta de señalización sin tener en cuenta que la penalidad se debía calcular por los días transcurridos hasta la fecha de subsanación. Se aprecia que el cálculo efectuado considera la fecha en que se realizó el

trabajo y la fecha en que la Supervisión detecto la infracción, sin determinar cuándo se levantó la subsanación.

En el presente caso, la Entidad no ha verificado cuando se efectuó la corrección, con lo cual no se cumple con el numeral 11.1. En tal sentido, no es posible validar una penalidad que no se ajusta a lo establecido al procedimiento de cálculo establecido en el contrato.

Conclusión:

El Tribunal Arbitral declara inválida la penalidad.

Penalidad N° 42

La Entidad penalizo con S/. 43, 909.50 al contratista por no cumplir con: (i) No contar con equipo de protección personal, para el caso de trabajador; (ii) No cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo, y; (iii) No emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias.

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 811-2012-EC-Ca notificada el 04.05.2012 la Entidad imputó al contratista una serie de incumplimientos dándole un plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio presentó sus descargos con carta N° 117-2012/GG/CONAZUL el 14.05.2012.

Con carta N° 1161-2012-ECCa del 19.07.2012 se penalizó al contratista por los siguientes incumplimientos:

- o 8.2: No cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo,
- o 1.3: No contar con equipo de protección personal, para el caso de trabajador; y;
- o 11.1: No emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias.

Análisis de la penalidad

A continuación el Tribunal Arbitral procederá al análisis de cada una de estas penalidades:

a) Sobre la falta de eliminación de desmontes:

La Entidad aplica la penalidad 8.2: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.*

En este caso la Entidad ha aplicado la penalidad por 11 surministros considerando como periodo de cálculo los días transcurridos desde la fecha prevista en que se debió eliminar el desmonte hasta la fecha en que la supervisión detecto la infracción.

El Tribunal aprecia que este cálculo no se ajusta al procedimiento de cálculo establecido en la penalidad 8.2, el cual establece que la penalidad se calcula *"por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente"*. La Entidad ha considerado como subsanación, la fecha en que la Supervisión efectuó la constatación de la presencia de desmonte, lo cual no es la fecha en que el contratista cumplió con levantar la observación.

En efecto, lo que se aprecia es que a partir de la Información recibida por la Supervisión, la Entidad mediante carta N° 811-2012-ECCa notificada el 04.05.2012 imputó al contratista el no haber levantado el desmonte dentro de las 24 horas.

Al respecto, el contratista con carta N° 117-2012/GG/CONAZUL notificada el 11.05.2012 presentó sus descargos indicando que el desmonte ya fue levantado.

En la carta materia de análisis se evalúan los descargos del contratista y se señala que si bien el contratista en su descargo evidenció que las observaciones fueron subsanadas ello no justifica el incumplimiento del plazo de 12 horas para el levantamiento del desmonte, teniendo en cuenta que dichos trabajos fueron ejecutados con varios días de anterioridad.

El Tribunal aprecia que la Entidad tiene por cierto que el contratista subsanó la observación, pero no ha precisado la fecha en que ocurrió dicho subsanación, no habiendo sustentado la Entidad porque razón consideró que el levantamiento ocurrió en la misma fecha en que la supervisión detectó la falta de eliminación del desmonte (03, 04, 12 y 14 de abril de 2012). En tal sentido, no es posible validar una penalidad que no se ajusta a lo establecido al procedimiento de cálculo establecido en el contrato, por lo que dicha penalidad resulta inválida.

b) Sobre el equipo de protección personal

La Entidad aplica la penalidad 1.3: *Por trabajador que no cuente con equipo de protección personal en el momento de estar realizando la sub-actividad: guantes, orejeras, respiradores, botas de jebe cortas y/o musleras, casco y/o lentes protectores, etc., la multa será por trabajador y por día transcurrido desde la fecha en que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente.*

En sus descargos el contratista señaló que su personal cuenta con la indumentaria completa y que el problema principal son que el personal constantemente humedece su indumentaria e inmediatamente se coloca su uniforme alternativo y que los trabajadores de los volquetes son personal de alta rotación. Esto es, el contratista reconoce la observación.

El procedimiento establecido en la penalidad 1.3 establece que la penalidad se computa desde que se detectó la ocurrencia hasta la subsanación pertinente. En el presente caso, en la carta N° 1161-2012-ECCa del 19.07.2012 se precisa que "Se evidenció claramente en las tomas fotográficas remitidas que al momento de la supervisión, dos trabajadores de la cuadrilla de desmontes se encontraban laborando sin los implementos de seguridad adecuados".

En este caso, si bien en el cuadro de cálculo de penalidad se señala que esta corresponde a la fecha de supervisión, no se ha determinado cuando se subsana la infracción. En tal sentido, no es posible validar una penalidad que no se ajusta a lo establecido al procedimiento de cálculo establecido en el contrato.

c) Sobre la señalización

La Entidad aplica la penalidad 11.1: *Por no emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias, es decir, no conforme a la cartilla respectiva. La multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos hasta la subsanación pertinente*

En este caso, la Entidad ha calculado la penalidad para 10 suministros por la falta de señalización sin tener en cuenta que la penalidad se debía calcular por los días transcurridos hasta la fecha de subsanación. En la carta N° 1161-2012-ECCa del 19.07.2012 se aprecia que el cálculo efectuado considera la fecha en que se realizó el trabajo y la fecha en que la Supervisión detectó la infracción, sin determinar cuándo se levantó la subsanación.

En el presente caso, la Entidad no ha verificado cuando se efectuó la corrección, con lo cual no se cumple con el numeral 11.1. En tal sentido, no es posible validar una penalidad que no se ajusta a lo establecido al procedimiento de cálculo establecido en el contrato.

Conclusión:

El Tribunal Arbitral declara inválida la penalidad contenida en la carta N° 1161-2012-ECCa.

Penalidad N° 43

La Entidad penalizo con S/. S/. 270,136,50 al contratista por no cumplir con: (i) Interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo, (ii) No cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo, (iii) Trabajador que no cuenta con equipo de protección personal, (iv) No renovar y/o reemplazar herramientas que se encuentran inoperativas, (v) trabajador o cuadrilla sin vehículo, (vi) no cumplir con ejecutar los trabajos de acuerdo a las especificaciones técnicas, (vii) por no emplear la señalización y/o realizarse con

deficiencias, (viii) por no presentar y/o entregar las ordenes de servicio y o trabajo en la debida oportunidad establecida para cada subactividad.

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 915-2012-EC-Ca notificada el 24.05.2012 la Entidad imputó al contratista una serie de incumplimientos dándole un plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio presentó sus descargos con carta N° 149-2012/GG/CONAZUL el 29.05.2012.

Con carta N° 1182-2012-ECCa del 26.07.2012 se penalizó al contratista por los siguientes incumplimientos:

- o 8.1: Interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.
- o 8.2: No cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo.
- o 1.3: No contar con equipo de protección personal, para el caso de trabajador.
- o 3.1: No renovar y/o reemplazar herramientas que se encuentran inoperativas.
- o 4.1: Trabajador o cuadrilla sin vehículo.
- o 6.1: No cumplir con ejecutar los trabajos de acuerdo a las especificaciones técnicas.
- o 11.1: No emplear la señalización y/o realizarse con deficiencias.
- o 9.1: No presentar y/o entregar las ordenes de servicio y o trabajo en la debida oportunidad establecida para cada subactividad.

Análisis de la penalidad

A continuación el Tribunal Arbitral procederá al análisis de cada una de estas penalidades:

En el presente caso, a diferencia de los anteriores, la Entidad ha señalado en la carta de penalización:

"Debemos precisar, que su carta de descargo 149-2012/CG/CONAZUL, no adjunta evidencia alguna del levantamiento de todas estas observaciones, únicamente indica que posteriormente se enviarán las pruebas fotográficas que sustentan dicha acción, no obstante estamos dando por válido dicho argumento, asumiendo que todas las deficiencias fueron subsanadas al día siguiente de su comprobación, por tanto las penalidades aplicadas, en todos los casos, corresponden al periodo comprendido entre la fecha de ejecución de los trabajos hasta la fecha que se evidenció el incumplimiento por parte de la Supervisión realizada por Consorcio Ingenieria."

Para el Tribunal Arbitral, en el párrafo antes citado, la Entidad está motivando (justificando) la razón por la cual ha calculado cada una de las penalidades aplicadas desde la fecha de la ejecución hasta la fecha en que la Supervisión detectó las infracciones y no hasta la fecha en que se levantaron las observaciones conforme lo establece cada penalidad. Al haber expresado la razón por la cual da por subsanadas las observaciones está cumpliendo con fundamentar su decisión en lo que respecta a la forma de cálculo de los días penalizables para cada incumplimiento. Distinto hubiera sido si no dijera nada al respecto, como ha venido ocurriendo en casos anteriores, en los que, no se ha apreciado una razón que justifique en que se sustenta la Entidad para considerar la fecha de la observación como la fecha de subsanación.

En tal sentido, considerando que la Entidad en el presente caso esta motivando su decisión y justificando porque considera la fecha de supervisión como fecha de levantamiento de la observación, el Tribunal Arbitral tiene por válida esta penalidad.

Penalidad N° 46

La Entidad penalizo con S/. 42,157.50 al contratista por no cumplir con: (i) No cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo, y; (ii) No presentar y/o entregar órdenes de servicio y/o trabajo en la debida oportunidad.

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 1144-2012-EC-Ca notificada el 13.07.2012 la Entidad imputó al contratista una serie de incumplimientos dándole un plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio presentó sus descargos con carta N° 213-2012/GG/CONAZUL el 20.07.2012.

Con carta N° 1177-2012-ECCa del 24.07.2012 se penalizó al contratista por los siguientes incumplimientos:

- 8.2: No cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo.
- 9.1: No presentar y/o entregar órdenes de servicio y/o trabajo en la debida oportunidad.

Análisis de la penalidad

A continuación el Tribunal Arbitral procederá al análisis de cada una de estas penalidades:

a) Sobre la falta de eliminación de desmontes:

La Entidad aplica la penalidad 8.2: *Por no cumplir con la eliminación del desmonte dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente.*

En este caso la Entidad ha aplicado la penalidad por 10 suministros considerando como periodo de cálculo los días transcurridos desde la fecha prevista en que se debió eliminar el desmonte hasta la fecha en que la supervisión detecto la infracción.

El Tribunal aprecia que este cálculo no se ajusta al procedimiento de cálculo establecido en la penalidad 8.2, el cual establece que la penalidad se calcula "*por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmonte hasta la subsanación pertinente*". La Entidad ha considerado como subsanación, la fecha en que la Supervisión efectuó la constatación de la presencia de desmonte, lo cual no es la fecha en que el contratista cumplió con levantar la observación.

En efecto, lo que se aprecia es que a partir de la Información recibida por la Supervisión, la Entidad mediante carta N° 1144-2012-ECCa notificada el 13.07.2012 imputó al contratista el no haber levantado el desmonte dentro de las 24 horas.

Al respecto, el contratista con carta N° 213-2012/GG/CONAZUL notificada el 20.07.2012 presento sus descargos indicando que el desmonte ya fue levantado.

En la carta materia de análisis se evalúan los descargos del contratista y se señala que si bien el contratista en su descargo evidenció que las observaciones fueron subsanadas ello no justifica el incumplimiento del plazo de 12 horas para el levantamiento del desmonte, teniendo en cuenta que dichos trabajos fueron ejecutados con varios días de anterioridad. Señala expresamente: "(...) por o que consideramos una penalidad por incumplimiento de este punto desde el día siguiente de ejecución de los trabajos hasta la fecha en que se realizó la verificación por parte de la empresa Supervisora."

El Tribunal aprecia que la Entidad no ha sustentado porque razón consideró que el levantamiento ocurrió en la misma fecha en que la supervisión detecto la falta de eliminación del desmonte (03 de julio de 2012), como si ocurre en el caso de la penalidad 43. En tal sentido, al no existir una motivación que permita conocer las razones que ha tenido la Entidad para considerar que la fecha en que la Supervisión detecto la observación es la fecha en que se produjo la subsanación, no es posible validar una penalidad que no se ajusta a lo establecido al procedimiento de cálculo establecido en el contrato, por lo que dicha penalidad resulta inválida.

b) Sobre la falta de presentación y/o entrega de órdenes de servicio y/o trabajo:

La Entidad aplica la penalidad 9.1: *Por no presentar y/o entregar las órdenes de servicio y/o trabajo, en la debida oportunidad establecida para cada subactividad, la multa será por orden de servicio y/o trabajo y*

por los días transcurridos desde su fecha de ejecución hasta la subsanación pertinente

En este caso la Entidad ha aplicado la penalidad por la falta de entrega de 80 órdenes de servicio considerando como periodo de cálculo los días transcurridos desde la fecha prevista en que se debió efectuar el trabajo hasta la fecha de supervisión.

El Tribunal aprecia que este cálculo no se ajusta al procedimiento de cálculo establecido en la penalidad 9.1, el cual establece que la penalidad se calcula "*por los días transcurridos desde la fecha de ejecución hasta la subsanación pertinente*". La Entidad ha considerado como subsanación, la fecha en que la Supervisión informo este hecho, lo cual no es la fecha en que el contratista cumplió con levantar la observación.

En efecto, lo que se aprecia es que a partir de la Información recibida por la Supervisión, la Entidad mediante carta N° 1144-2012-ECCa notificada el 13.07.2012 imputó al contratista lo informado por el Supervisor respecto a la falta de entrega de órdenes de trabajo y avisos de movimiento de medidos en la oportunidad establecida.

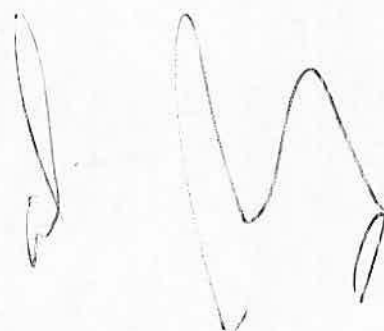
Al respecto, el contratista con carta N° 213-2012/GG/CONAZUL notificada el 20.07.2012 presento sus descargos indicando que dichas órdenes de trabajo fueron robadas a su personal adjuntando la copia de la denuncia policial correspondiente.

En la carta materia de análisis se evalúan los descargos del contratista y se señala que si bien el robo es un hecho fortuito, ello no justifica el incumplimiento de informar de este hecho.

Sin embargo, al momento de aplicar la penalidad, la Entidad no sustenta porque razón considero que la fecha en que la Supervisión detecto la infracción, es la fecha en que se subsano la misma. En tal sentido, al no existir una motivación que permita conocer las razones que ha tenido la Entidad para efectuar dicho cálculo apartándose de lo establecido en la penalidad 9.1, no es posible validar una penalidad que no se ajusta a lo establecido al procedimiento de cálculo establecido en el contrato, por lo que dicha penalidad resulta invalida.

Penalidad N° 52

La Entidad penalizo con S/. 10,950.50 al contratista por no cumplir con:
(i) No cumplir con la eliminación de desmonte dentro de las doce horas de generado el mismo.



112

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 1248-2012-EC-Ca de fecha 15.08.2012 la Entidad imputó al contratista una serie de incumplimientos dándole un plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio presentó sus descargos con carta N° 257-2012/GG/CONAZUL el 22.08.2012.

Con carta N° 1293-2012-ECCa notificada el 03.09.2012 se penalizó al contratista por los siguientes incumplimientos:

- o 8.2: No cumplir con la eliminación de desmante dentro de las doce horas de generado el mismo.

Análisis de la penalidad

La Entidad aplica la penalidad 8.2: *Por no cumplir con la eliminación del desmante dentro de las 12 horas de generado el mismo, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmante hasta la subsanación pertinente.*

En este caso la Entidad ha aplicado la penalidad por 04 suministros considerando como periodo de cálculo los días transcurridos desde la fecha prevista en que se debió eliminar el desmante hasta la fecha en que la supervisión detectó la infracción.

El Tribunal aprecia que este cálculo no se ajusta al procedimiento de cálculo establecido en la penalidad 8.2, el cual establece que la penalidad se calcula "*por los días transcurridos desde la fecha en que se debió eliminar el desmante hasta la subsanación pertinente*". La Entidad ha considerado como subsanación, la fecha en que la Supervisión efectuó la constatación de la presencia de desmante, lo cual no es la fecha en que el contratista cumplió con levantar la observación.

En efecto, lo que se aprecia es que a partir de la Información recibida por la Supervisión, la Entidad mediante carta N° 1248-2012-ECCa de fecha 15.08.2012 imputó al contratista el no haber levantado el desmante dentro de las 24 horas.

Al respecto, el contratista con carta N° 257-2012/GG/CONAZUL de fecha 22.08.2012 presentó sus descargos indicando que el desmante ya fue levantado.

En la carta materia de análisis se evalúan los descargos del contratista y se señala que si bien el contratista en su descargo evidenció que las observaciones fueron subsanadas ello no justifica el incumplimiento del plazo de 12 horas para el levantamiento del desmante, teniendo en cuenta que dichos trabajos fueron ejecutados con varios días de anterioridad.

El Tribunal aprecia que la Entidad no ha sustentado porque razón consideró que el levantamiento ocurrió en la misma fecha en que la supervisión detectó la falta de eliminación del desmonte (24 de julio de 2012). En tal sentido, al no existir una motivación que permita conocer las razones que ha tenido la Entidad para considerar que la fecha en que la Supervisión detectó la observación es la fecha en que se produjo la subsanación, no es posible validar una penalidad que no se ajusta a lo establecido al procedimiento de cálculo establecido en el contrato, por lo que dicha penalidad resulta inválida.

Penalidad N° 54

La Entidad penalizó con S/. 864.00 al contratista por (i) Interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo.

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 1513-2012-EC-Ca de fecha 13.11.2012 la Entidad imputó al contratista la ausencia de su personal ocurrida el 10.11.2012, dándole un plazo de 24 horas para que presente sus descargos.

El Consorcio presentó sus descargos con carta N° 323-2012/GG/CONAZUL el 14.11.2012.

Con carta N° 1537-2012-ECCa de fecha 22.11.2012 la Entidad aplicó la penalidad 8.1: *Por interrumpir injustificadamente la ejecución de un trabajo ya sea por falta de personal y/o materiales y/o equipos, la multa será por cada caso detectado y por los días transcurridos desde la fecha en que se programó el trabajo hasta la subsanación pertinente.*

Análisis de la penalidad

En el presente caso se aprecia que la penalidad fue aplicada por la inasistencia de un orientador de servicios, el Sr. Dante Vilches, quien fue reemplazado de manera parcial por el Sr. Christian Saldaña, quien cubrió el servicio de 09: 15 a 12:30 a.m., lo cual para SEDAPAL constituye un abandono de puesto de trabajo.

Por su parte el consorcio señala que no aplica la penalidad pues la ausencia de personal ocurrió por 3 horas y 30 minutos.

Al respecto, se aprecia que en efecto el contratista reconoce que hubo una falta por parte de su personal (abandono de puesto de trabajo).

En el presente caso se aprecia que esta omisión sólo ocurrió el sábado 10.11.2012, conforme se desprende de las cartas intercambiadas entre las partes, incluso el contratista sostiene que la ausencia sólo duro 3 horas y 30 minutos.

En tal sentido, corresponde declarar la validez de la penalidad, pues el contratista reconoce la imputación, SEDAPAL ha valorado su descargo, y se ha individualizado la infracción y la subsanación del mismo.

Penalidad N° 62

La Entidad penalizo con S/. 44,400.00 al contratista por (i) No ejecutar la actividad.

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 545-2013-ECCa notificada al contratista el 07.06.2013 donde SEDAPAL solicita información respecto de 21 órdenes de cierre por deudas.

Con carta N° 177-20 13/CG notificada el 10.06.2013 el contratista presentó sus descargos.

Con carta 625-2013-ECCa notificada al contratista el 01.07.2013 la Entidad informó que había tomado conocimiento de los descargos y pese a apreciar que el contratista había tomado las medidas correctivas ello no lo eximía de la aplicación de la penalidad, por lo que le otorgaba un plazo de 24 horas para que presente sus descargos por la infracción de las penalidades 6.3 y 9.3.

Con carta N° 199-20 13/CG notificada el 02.07.2013 el contratista presentó sus descargos.

Con carta 787-2013-EC-Ca notificada el 22.08.2013 SEDAPAL aplicó la penalidad 6.3 por la suma de S/. 44,000.00 correspondiente a 20 suministros.

Análisis de la penalidad

Penalidad 6.3: *Por no ejecutar la actividad o acudir después del horario establecido por **SEDAPAL**, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo no ejecutado o ejecutado fuera de horario.*

En el presente caso se aprecia que el contratista ha presentado sus descargos respecto al suministro 6004225, pero no ha desvirtuado las imputaciones referidas a los otros suministros. Asimismo, se aprecia que la Entidad señala que ha valorado los descargos presentados por el contratista pero ello no lo exime de la aplicación de la penalidad pese a haber tomado las medidas correctivas.

En tal sentido, se aprecia que el descargo del contratista fue meritado por la Entidad quien señala que pese a que el contratista ha tomado las medidas correctivas ello no lo exime de la penalidad.

Por otro lado, la penalidad 6.3 establece que la multa será por cada orden de trabajo no ejecutada. En tal sentido, dado que la imputación efectuada por la Entidad corresponde a 20 órdenes de trabajo y los descargos del contratista y la respuesta de la Entidad lo que evidencian es que el contratista reconoce el incumplimiento, corresponde declarar válida esta penalidad.

Penalidad N° 63

La Entidad penalizo con S/. 55,000.00 al contratista por: (i) Presentar información falsa o errada.

Antecedentes de la penalidad:

Con carta N° 629-2013-ECCa notificada al contratista el 07.07.2013 SEDAPAL imputa al contratista que no cumplió con efectuar una reapertura de matriz, pese a haber informado que sí. En tal sentido, le concede 24 horas para presente sus descargos.

Con carta N° 203-20 13/CG/CONAZULI notificada el 03.07.2013 el contratista presentó sus descargos.

Con carta 788-2013-ECCa notificada al contratista el 22.08.2013 la Entidad aplicó la multa de S/. 55,500 correspondiente a la penalidad 9.3.

Análisis de la penalidad

Penalidad 9.3: *Por presentar información falsa o errada, la multa será por cada orden de servicio y/o trabajo con información falsa o errada y por los días de atraso en subsanar dicha información*

SEDAPAL imputó al contratista sobre la reapertura de matriz ejecutada el 25 de marzo de 2013 en el distrito de Bellavista, pero que posteriormente, en fiscalización posterior del 01 de julio de 2013 se detectó que en dicha conexión no se había realizado la reapertura matriz.

En sus descargos el contratista señaló que dicha reapertura estuvo asignado a un operario suyo que ya no trabajaba para él. Añade: "Sin perjuicio de las medidas correctivas adoptadas sobre el particular, debemos señalar nuestra voluntad de subsanar la afectación que se pudiera haber generado, quedando al pendiente del mismo."

Se aprecia que el contratista reconoció la infracción y que había adoptado las medidas correctivas, esto es, había subsanado dicha infracción.



La Entidad, en la carta que aplica la penalidad indica que luego de evaluar los descargos concluye que han infringido con los procedimientos descritos en las bases.

Ahora bien, la penalidad calculada por la Entidad comprende desde el 25.03.2013 hasta el 03.07.2013 que es la fecha en que el contratista presentó sus descargos señalando que había adoptado las medidas correctivas. En el presente caso, se verifica que se cumple con el presupuesto establecido en la penalidad 9.3 para computar la penalidad, por lo que, la misma resulta válida.

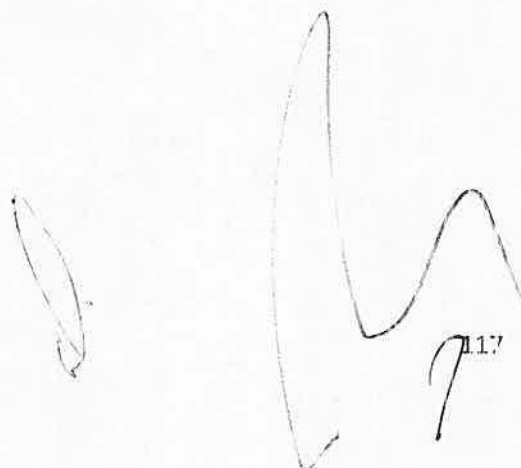
Se han tomado en cuenta además, los argumentos presentados por las partes en su demanda y contestación de demanda respecto de esta penalidad, no obstante, el Tribunal Arbitral considera que en el análisis de validez, prima el cumplimiento del procedimiento establecido en el contrato para cada penalidad.

Asimismo, respecto de la demora de la Entidad en aplicar la penalidad según señala el contratista, el Tribunal ha tenido en cuenta el argumento presentado por la Entidad respecto a que la cláusula 5.8.4 del Contrato establece que SEDAPAL se reserva el derecho de realizar muestreos a la ejecución de las reaperturas, sin indicar los plazos perentorios, asimismo dicha cláusula sustenta la aplicación de las penalidades en el caso se advierta el incumplimiento mediante el reclamo de un cliente.

Por estas consideraciones, el Tribunal declara válida esta penalidad.

Penalidades válidas EECC CALLAO

	Penalidad	Monto
1	12	9,720.00
2	14	141,912.00
3	15	8,424.00
4	21	10,260.00
5	30	14,235.00
6	31	41,172.00
7	32	3,723.00
8	35	4,927.50
9	40	328.50
10	43	270,136.50
11	54	864.00
12	62	44,400.00
13	63	55,500.00
	SUB TOTAL	605,602.50



Handwritten signature and initials, including the number 117.

Penalidades inválidas EECC CALLAO

	Penalidad	Monto
1	01	4,212.00
2	02	2,160.00
3	04	1,080.00
4	10	9,720.00
5	16	6,804.00
6	17	1,080.00
7	24	16,200.00
8	25	16,425.00
9	26	56,393.00
10	28	56,940.00
11	29	10,183.50
12	37	13,687.50
13	38	130,302.00
14	39	175,640.00
15	41	28,798.50
16	42	43,909.50
17	46	42,157.50
18	52	10,950.00
	SUB TOTAL	626,642.50

II.3.3

Sobre el segundo punto controvertido

Determinar si corresponde a SEDAPAL, en caso el Tribunal Arbitral declare la ineficacia y/o invalidez de las 65 penalidades aplicadas y descontadas que ascienden a la suma de S/. 1'485,272.50 referidas en el párrafo anterior, reembolsar a CONAZUL la suma de S/. 1'485,272.50.

En el desarrollo del punto controvertido anterior, se ha determinado la invalidez de las siguientes penalidades:

Penalidades inválidas EECC COMAS

	Penalidad	Monto S/.
1	03	1,440.00
2	06	10,800.00
3	07	5,400.00
4	11	9,072.00
5	12	63,720.00
6	14	1,404.00
7	17	23,328.00
8	18	1,620.00
9	24	8,640.00
10	25	8,532.00
11	26	540.00
12	27	540.00
13	35	3,780.00
14	41	7,117.50
15	42	7,117.50
16	43	2,737.50
17	56	547.50
18	57	547.50
19	58	1,642.50
20	62	7,227.00
21	63	29,236.50
22	64	547.50
23	67	2,190.00
24	76	6,570
25	81	23,761.50
26	83	12,811.50
	SUB TOTAL	240,870.00

Penalidades inválidas EECC CALLAO

	Penalidad	Monto
1	01	4,212.00
2	02	2,160.00
3	04	1,080.00
4	10	9,720.00
5	16	6,804.00
6	17	1,080.00
7	24	16,200.00
8	25	16,425.00
9	26	56,393.00

10	28	56,940.00
11	29	10,183.50
12	37	13,687.50
13	38	130,302.00
14	39	175,640.00
15	41	28,798.50
16	42	43,909.50
17	46	42,157.50
18	52	10,950.00
	SUB TOTAL	626,642.50

En tal medida, corresponde que SEDAPAL reembolse a CONAZUL estos montos en la medida que hayan sido retenidos a cuenta de penalidades.

II.3.4

Sobre el tercer punto controvertido

Determinar si corresponde declarar la ineficacia y/o invalidez de tres (3) penalidades aplicadas y no descontadas que ascienden a la suma de S/. 61,527.00.

El análisis de la validez de estas penalidades ha sido efectuado en el desarrollo del primer punto controvertido.

Sin perjuicio de ello, podemos señalar que las penalidad 28 de Callao que asciende a la suma de S/. 56,940.00 ha sido declarada nula.

Las otras dos penalidades que aún no han sido descontadas son válidas.

II.3.5

Sobre el cuarto punto controvertido

Determinar si corresponde a SEDAPAL, en caso el Tribunal Arbitral declare la ineficacia y/o invalidez de las tres (3) penalidades aplicadas y no descontadas que ascienden a la suma de S/. 61,527.00 referidas en el párrafo anterior, se abstenga de descontar dicha suma de las valorizaciones de CONAZUL.

Al haberse declarado la invalidez de la penalidad 28 de EECC Callao, se dispone que SEDAPAL se abstenga de descontar dicho monto de las siguientes valorizaciones de CONAZUL.

II.3.6

Sobre el quinto punto controvertido

Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral, ordenar a SEDAPAL el cumplimiento del procedimiento establecido en las bases y en la cláusula décimo cuarta del Contrato de Prestación de Servicios N° 130-2010-SEDAPAL para la aplicación de futuras penalidades en caso estas se generen.

El Tribunal Arbitral ha interpretado el procedimiento establecido en la cláusula décimo cuarta del contrato, y ha establecido que la interpretación correcta de este procedimiento difiere de la que plantea CONAZUL.

En Efecto, para el Consorcio, la Entidad estaba en la obligación de otorgarle un plazo de 24 horas para que subsane luego de notificada la infracción. Bajo esta lógica, el contratista plantea que son nulas aquellas penalidades que han sido aplicadas cuando ya la infracción estaba levantada. Así por ejemplo, si el contratista no recogía el desmonte dentro de las 12 horas siguientes de efectuado el trabajo y este desmonte permanecía en el lugar por 10 días, al día 11 el contratista lo recogía y recién al día 15 la Entidad notificaba al contratista con la infracción, entonces no procedía la penalidad pues el desmonte ya no estaba al momento de la notificación.

En otro supuesto, si el personal del contratista está trabajando sin casco ni implementos de seguridad. Bajo el planteamiento del contratista, si este hecho ocurre sólo el día 1, y el día 10 SEDAPAL recién le notifica con la infracción, no procedería la penalidad pues el día 2 y los siguientes su personal tenía el uniforme completo. En tal sentido, el contratista no podía ser penalizado por el incumplimiento ocurrido el día 1.

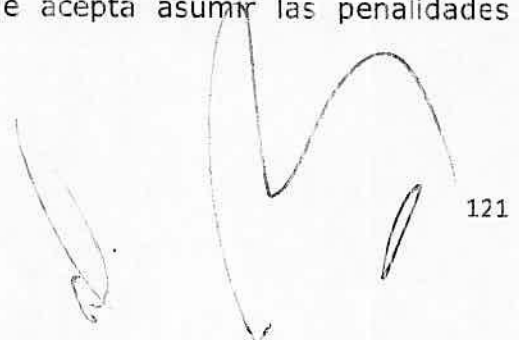
Al respecto, es importante partir de lo que la Ley establece en su artículo 49°:

"Artículo 49.- Cumplimiento de lo pactado

Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774° del Código Civil."

El Contratista está obligado a cumplir con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier otra manifestación formal realizada en el decurso del proceso de selección o en el contrato suscrito con la Entidad, y es en razón de esa obligación del contratista que ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, será pasible de que la Entidad le aplique penalidades.

El contratista al momento de firmar el contrato asume la responsabilidad de cumplir con sus prestaciones sin necesidad de que la Entidad lo coaccione para ello, es por ello que acepta asumir las penalidades cuando ello no ocurra.



121

Por otro lado, conforme se ha visto en el presente laudo, la implementación del procedimiento de penalidades debe estar claramente definido en el contrato, de tal modo que la implementación del mismo no resulte confiscatorio para el contratista o obstructivo para que la Entidad pueda hacer la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Para el Tribunal Arbitral, el sentido correcto de una penalidad es que se aplica una vez que se ha verificado el incumplimiento contractual y siempre que el contratista no haya justificado el incumplimiento. La notificación de la infracción es para que el contratista presente sus descargos y subsane si es posible subsanar, pero, justamente en sus descargos, deberá sustentar si es responsable por el incumplimiento, si el incumplimiento no existió, si el incumplimiento es responsabilidad de un tercero. Y por su parte, la Entidad debe analizar esos descargos y pronunciarse expresando las razones que lo llevan a considerar válido o insuficiente el descargo presentado por el contratista. La pregunta que queda por responder es, de verificarse la infracción o ser insuficientes los descargos del contratista, ¿desde cuándo se computa la aplicación de la penalidad? La respuesta está en cada una de las penalidades contempladas en la cláusula décimo cuarta, pues estas establecen desde cuándo y hasta qué momento se aplicara la penalidad. El procedimiento descrito en las notas está referido al debido proceso para que el contratista presente sus descargos, y no constituye en modo alguno un medio para que no se le penalice si la infracción ya fue subsanada. Lo relevante en cada caso es determinar si hubo alguna justificación para que se haya producido la infracción, sino la hay, entonces corresponde la penalidad.

II.3.7 Sobre el sexto punto controvertido
Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral declarar que CONAZUL subcontrató a la empresa FERCONSAC contando con la autorización de SEDAPAL en el marco del contrato, la Ley y Reglamento de contrataciones con el Estado.

Breve reseña de la posición del demandante

El demandante señala que las actividades comerciales por las que SEDAPAL los contrató fue para:

- i. Instalación de medidores de consumo de agua.
- ii. Lectura de medidores de consumo de agua.
- iii. Cierre de suministro de agua por falta de pago.
- iv. Reapertura de suministro de agua por cumplimiento en pagos atrasados.

- v. Distribución de comprobantes de pago a los diferentes clientes domiciliarios.

Indica además que mediante Carta N° 034-2011-GG/CONSORCIO AZB-HCI, solicitó a SEDAPAL que autorice la subcontratación de parte de las actividades de implantación a la empresa FERNANDEZ CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS ASOCIADOS S.A.C. (FERCONSAC).

Cuando decidieron subcontratar nuevamente a FERCONSAC para realizar actividades de implantación cursaron a SEDAPAL la Carta N° 010-2013/GG, adjuntando a dicha carta una serie de documentos entre los cuales se encontraba el Contrato de Servicio de Mantenimiento Preventivo de la Unidad de Medición que CONAZUL había suscrito con FERCONSAC con fecha 02 de mayo de 2012.

En ese orden, SEDAPAL mediante carta N° 299-2013-GC de fecha 20 de junio de 2013, aduce la existencia de la presunta subcontratación y posteriormente, todas las partes que conforman el Consorcio AZB-HCI (CONAZUL) fueron notificadas por el OSCE con el inicio del procedimiento administrativo sancionador (Expediente 02283-2013-TC) promovido por SEDAPAL por supuestamente haber subcontratado sin autorización.

En ese sentido, el demandante sostiene que subcontrató a FERCONSAC contando con la autorización respectiva por parte de la Entidad, lo cual deberá ser declarado por el Tribunal Arbitral.

Posición del demandado

La Entidad en su contestación de demanda señaló que esta pretensión debe ser declarada improcedente pues pretende que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre una materia que no es de su competencia, y que se ventila actualmente en la vía correspondiente que es el Tribunal de Contrataciones del Estado bajo el Expediente N° 2283-13, al ser la materia de infracciones y sanciones administrativas reguladas por la Ley de Contrataciones del Estado.

En tal sentido, invocan la aplicación del artículo 51° de la Ley de Contrataciones del Estado y de los artículos 146°, 237° y 240° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, reiterando que en virtud a lo dispuesto por dichas normas, la pretensión deberá ser declarada improcedente.

Posteriormente, con escrito del 06 de marzo de 2014, ampliaron sus argumentos respecto a esta pretensión señalando que el contratista incumplió con lo establecido en el artículo 146° del Reglamento, incurriendo en infracción por indebida subcontratación por lo que, la cuarta pretensión debía ser declarada infundada.

Posición del Tribunal

De la subcontratación en los contratos con el Estado

La doctrina define a la subcontratación en el ámbito administrativo¹⁴ como:

"un contrato de derecho privado, por el cual el contratista de la Administración encomienda una parte de las obligaciones que ha asumido que ejecutara las prestaciones por cuenta y orden del primero"

Las razones por las cuales las diversas empresas recurren a la subcontratación, es simplemente debido a que no cuentan con todos los elementos para realizar las prestaciones a las que se han comprometido por lo que deben recurrir a terceros para que puedan cumplir con satisfacer el interés del acreedor. Es decir que: el subcontrato propiamente dicho es ese segundo contrato, resultado de una específica utilización por el contratante intermedio (parte de ambos contratos) de su posición en la relación jurídica originaria y principal.¹⁵

Las características de la subcontratación son que¹⁶:

- Es un contrato dependiente unilateral y funcionalmente del contrato base en una conexión contractual presente permanentemente desde su inicio.
- Es un contrato lógico y cronológicamente sucesivo en el tiempo al contrato base y coexisten simultáneamente.
- Posee el mismo contenido económico, naturaleza y objeto que el contrato base.

El legislador, al momento de desarrollar el régimen de contratación estatal, fue consciente de que las empresas ganadoras de la Buena Pro iban a recurrir a este mecanismo. Por ello reguló esta materia en el artículo 37° de la Ley y el artículo 146° del Reglamento:

" Artículo 37.- Subcontratación

El contratista podrá subcontratar, previa aprobación de la Entidad, parte de sus prestaciones en el contrato, salvo prohibición expresa contenida en las Bases.

El contratista mantendrá la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que le puede corresponder al subcontratista.

¹⁴ Héctor Masnatta citado por DROMI, Roberto. Licitación Pública. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 643.

¹⁵ LOPEZ VILAS, Ramón. El Subcontrato. Madrid: Tecnos, 1973, p 193.

¹⁶ MORON, Juan Carlos. Op. Cit. Loc. Cit. p 239.

Para ser subcontratista se requiere no estar inhabilitado para contratar con el Estado y estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos precedentes, los contratistas extranjeros podrán subcontratar con sus similares nacionales asegurando capacitación y transferencia de tecnología a sus subcontratistas."

"Artículo 146.- Subcontratación

El contratista podrá acordar con terceros la subcontratación de parte de las prestaciones a su cargo, cuando lo autoricen las Bases, siempre que:

1. La Entidad lo apruebe por escrito y de manera previa, por intermedio del funcionario que cuente con facultades suficientes y dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido. Si transcurrido dicho plazo la Entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido aprobado.

2. Las prestaciones a subcontratarse con terceros no excedan del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original.

3. El subcontratista se encuentre inscrito en el RNP y no esté suspendido o inhabilitado para contratar con el Estado.

4. En el caso de contratistas extranjeros, éstos se comprometan a brindar capacitación y transferencia de tecnología a los nacionales.

Aun cuando el contratista haya subcontratado, conforme a lo indicado precedentemente, es el único responsable de la ejecución total del contrato frente a la Entidad. Las obligaciones y responsabilidades derivadas de la subcontratación son ajenas a la Entidad.

Las subcontrataciones se efectuarán de preferencia con las microempresas y pequeñas empresas."

En el presente caso, en aplicación de esta norma, corresponde determinar si la subcontratación de FERCONSAC se efectuó conforme este marco legal. En concreto, si se contó o no con la autorización de SEDAPAL para tal fin.

Valoración efectuada por el Tribunal Arbitral

El Tribunal Arbitral tiene en cuenta que la presente pretensión no busca determinar si se causó algún daño a SEDAPAL con la subcontratación de FERCONSAC, la responsabilidad administrativa que hubiera al respecto no es competencia de este colegiado, por lo que, conforme a lo requerido por la pretensión planteada, se procederá a determinar si el contratista cumplió con el artículo 146° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Está acreditado que el Consorcio solicitó autorización para subcontratar a FERNCONSAC mediante carta N° 034-2011-GG/CONSORCIO AZB HCI presentada el 14 de febrero de 2011, las actividades de Implantación de Medidores. En concreto señaló en dicha carta:

"Actividades a subcontratar:

En cuanto al detalle de las actividades a subcontratar, estas comprenden las siguientes actividades, hasta que en conjunto lleguen a un valor máximo de valorización de tres millones catorce mil ciento cincuenta y siete y 65/100 Nuevos Soles (S/. 3'014,157.65), incluido el monto de Impuesto General a las Ventas."

ACTIVIDADES DE IMPLANTACIÓN:

(...)" (resaltado agregado)

La Entidad autorizó la subcontratación con carta N° 016-2011-GC de fecha 08 de marzo de 2011, indicando:

"En ese sentido, de conformidad a las atribuciones conferidas en las bases integradas, concordante con el artículo 37° de la Ley de Contratación Estatal y el artículo 146 de su Reglamento, se da por aceptada la solicitud de subcontratación planteada en su carta de la referencia de acuerdo al siguiente detalle:

FERCONSAC SAC

(...)

Objeto del contrato: Instalación de Medidores de acuerdo a las Actividades de Implantación descrita en el contrato SEDAPAL 130-2010

(...)" (resaltado agregado)

De la lectura de estos documentos se aprecia que el contratista presentó una lista de actividades que desarrollaría FERCONSAC relacionadas a las Actividades de Implantación. En la respuesta de SEDAPAL se señala que el objeto del contrato (a FERCONSAC) es la instalación de medidores de acuerdo a las Actividades de Implantación.

Ahora bien, no es un hecho controvertido que FERCONSAC desarrollo además actividades de mantenimiento preventivo, que para el Consorcio forman parte de las Actividades de Implantación.

El Consorcio señala que ello se desprende de las consultas a las bases y del texto de la Carta 792-2013-EC-Ca suscrita por el Coordinador de SEDAPAL del Ítem 1. En base a esto, considera que la subcontratación de FERCONSAC se efectuó con autorización de SEDAPAL y que las actividades de implantación comprendían la sub actividad de mantenimiento por lo que, no infringió la Ley y el Reglamento.

SEDAPAL señala que dicha interpretación es errónea pues el Consorcio solicitó autorización para subcontratar actividades comprendidas en el rubro de la A.1 a la A.28 no incluyendo la actividad B.18 que corresponde al rubro de actividad de Gestión Comercial.

Para el Tribunal Arbitral resulta relevante lo señalado en la carta N° 013-2013/GG presentada a SEDAPAL el 24 de junio de 2013, en la que el consorcio señaló:

"En efecto, el rubro Actividades de Implantación es un concepto general, conforme a las bases del referido contrato de servicios que comprende una serie de sub-actividades, tal como es el caso de la sub-actividad de mantenimiento preventivo, la cual se encuentra incluida en dicho rubro, tal como se desprende de las siguientes indicaciones de las propias bases integradas:

1. La actividad de Instalación forma parte del concepto general, Implantación, tal como se desprende de lo prescrito en la sección 2.12 (a),
2. "Rubro de Actividades de Implantación, A. Descripción del Servicio, Términos de Referencia, Capítulo V,

"TERMINOS DE REFERENCIA

(...)

"A. DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO

El presente servicio tiene la finalidad de contratar la prestación del servicio para la ejecución del sistema integral de las actividades comerciales (SIAC), que comprende el suministro e instalación de medidores, mantenimiento inicial, las acciones coercitivas y la gestión integral de la unidad de medición, cuyas actividades y prestaciones específicas se detallarán en adelante.(...)

(...)

"La ejecución del servicio se realizará en dos rubros de actividad, que se llevaran a cabo de manera simultánea:

- Rubro de Actividades de Implantación: En la cual, EL CONTRATISTA deberá ejecutar las actividades de suministro, instalación y mantenimiento inicial de la unidad de medición. El Plan de Instalación de Medidores deberá ser coordinado con SEDAPAL, dando prioridad a las conexiones sin medidor.

Plazo de ejecución: Hasta 24 meses."

3. Consulta N° 231 ("Siendo que las actividades relacionadas al presente concurso público son: Implantación: Instalación de medidores, mantenimiento de conexión domiciliaria de agua potable)

4. "CONSULTA N° 231

En la pág. 153, literal a, se indica que "Se evaluarán las copias simples de comprobantes de pago debidamente cancelados o en su defecto copia simple de contratos u órdenes de servicio con su respectiva conformidad de culminación de la prestación del servicio, de hasta un máximo de diez (10) servicios culminados dentro del período de ocho (08) años anteriores a la fecha de presentación de propuestas, que sustenten la experiencia del postor en las actividades relacionadas en materia del presente Concurso Público tales como actividades de Instalación de Medidores y/o Toma de Estado de Medidores y/o Inspecciones Comerciales y/o Distribución de Comunicaciones y/o Mantenimiento de Conexiones Domiciliarias, que incluye el servicio de gestión comercial prestado a empresas de servicios públicos y/o privadas de saneamiento".

Siendo que las actividades relacionadas al presente concurso público son:

- Implantación: Instalación de medidores, mantenimiento de conexión domiciliaria de agua potable

- Gestión Comercial
- Acciones Persuasivas: Cierres y reaperturas de conexiones domiciliarias de agua potable
- Actividades Complementarias

Solicitamos confirmar que serán válidas la experiencia del postor en actividades como Instalación de medidores y/o mantenimiento de conexiones domiciliarias de agua potable y/o cierres y reaperturas de conexiones domiciliarias de agua potable y/o gestión comercial prestado a empresas de servicios de Saneamiento.

RESPUESTA N° 231

Se confirma que la experiencia referida a la actividad de mantenimiento de conexiones domiciliarias de agua potable incluye la actividad de cierres y reaperturas de conexiones domiciliarias de agua potable y alcantarillado."

5 Consulta N° 249, sub-consulta N° 18:

"Mantenimiento preventivo

Entendemos que la implantación por sustitución de los medidores es una acción de mantenimiento preventivo. El pliego cita "limpieza total de la unidad de medición y el cambio del filtro. ¿Se están realizando actualmente operaciones de limpieza total de la unidad de medición en campo? ¿En qué consiste esta limpieza? 18

(...)

Respuesta N° 249

(...)

En cuanto a la décimo octava sub consulta, se precisa que se viene realizando limpieza del medidor y cambio de filtro en campo, labor que consiste en la limpieza externa del medidor, las válvulas y el espacio dentro de las cajas de medidor así como la extracción del filtro para su lavado o reemplazo."

6. "CONSULTA N° 333

"En el Rubro de Actividades de Implantación del capítulo, se enumera un total de 1'104,191 medidores a instalar en las tres áreas a ser contratadas.

CONSULTAS:

¿El mantenimiento correctivo y preventivo se hará ÚNICAMENTE sobre estas conexiones (1'104,191)? ¿O se haría el mantenimiento sobre 1'449,653 medidores?

¿Se podrá acceder a un banco de datos para la elaboración de la propuesta económica? Esto teniendo en cuenta que en las bases se exigen metas que se consideran bastante ajustadas para una operación de un sistema de acueducto y alcantarillado según nuestra experiencia y por esta razón se considera necesario un conocimiento pleno del comportamiento histórico de la operación y reflejarlo en las proyecciones para presentación de oferta económica.

¿Podrá EL CONTRATISTA obtener la información histórica y base de datos catastral del sistema?

RESPUESTA N° 333

El mantenimiento preventivo y correctivo se realizará al total del parque de medidores de SEDAPAL.

La información contenida en las bases así como en los anexos del presente pliego son suficientes para elaborar la propuesta del postor, por lo que no procede lo solicitado."

7. "TÉRMINOS DE REFERENCIA

(...)

B. CONCEPTOS ESTRATÉGICOS DEL SERVICIO

B.1 UNIDAD DE MEDICIÓN

La definición de Unidad de Medición, como un conjunto de elementos asociados, tiene como finalidad el aseguramiento y la calidad de la medición de consumos de los clientes, en el marco de tres objetivos básicos:

- Cobertura de medición: Alcanzar el 100% de cobertura de medición, de forma que cada cliente cuente con un medidor de consumo, como un elemento racionalizador de consumo y como la medida más justa para el cliente y la empresa, al facturarse el real consumo efectuado por el cliente.
- Confiabilidad de la medición: El contratar los servicios de una empresa especializada, tiene como finalidad el aseguramiento de la confiabilidad metrológica de la medición, de forma que garantice a los clientes y a la empresa, que los consumos medidos facturados, se encuentran dentro de los márgenes y tolerancias de desviación permitidos por la normatividad vigente, tanto para medidores nuevos, como para medidores en uso.
- Sostenibilidad de la medición: Tiene como objetivo, el aseguramiento de la confiabilidad en el tiempo de la vida útil de los medidores, evitando la presencia de sub-registros que afectan los niveles de agua no contabilizada de la empresa, ni la presencia de sobre-registros que afectan la facturación de los clientes."

Para el cumplimiento de estos objetivos, el servicio prevé las siguientes consideraciones:

- Mantenimiento inicial de las unidades de medición, reemplazando los componentes que pudieran estar en mal estado, ello garantizará a EL CONTRATISTA el correcto estado inicial de las unidades de medición, el mismo que deberá mantener durante el periodo de su gestión, para garantizar la eficiencia, eficacia y calidad del servicio, así como los resultados de la gestión.
- Responsabilidad de EL CONTRATISTA, con respecto a la operación, mantenimiento preventivo y correctivo de la unidad de medición. Ello incluye la ejecución de las acciones persuasivas, como son los cierres y reaperturas de los servicios."

B.2 GESTIÓN INTEGRAL DE LA UNIDAD DE MEDICIÓN

La gestión integral de la unidad de medición, está enfocada a que EL CONTRATISTA efectúe en su totalidad las actividades propias de la unidad de medición como son su mantenimiento preventivo y correctivo, que garanticen su confiabilidad y sostenibilidad, y asimismo, aquellas actividades comerciales asociadas a la unidad de medición, como son la lectura de medidores, inspecciones comerciales, levantamiento de incidencias, mantenimiento preventivo, correctivo y acciones de cierre y reapertura del servicio y detección de usos fraudulentos."

8. "5.2.5 Instalación de batería de medición y reposición de la caja de control de 15, 20, 25, 40 y 50 mm:

Esta actividad consiste en lo siguiente:

*a) Consiste en el mantenimiento total de la caja de control teniendo en consideración las especificaciones técnicas que rigen sobre el particular así como de todos los elementos que la conforman. Se preverán todas las situaciones que se presenten de tal manera que al terminar el mantenimiento, la caja debe quedar en condiciones de total operatividad manteniendo todas las características técnicas requeridas en las especificaciones técnicas en lo que se refiere a material de los elementos constitutivos, dimensiones y distancias a conservar respecto a los niveles de referencia que se indican en los croquis o planos que se adjuntan en los documentos.
(...)"*

Como puede advertirse de las citas a las bases integradas que presentamos, la labor de mantenimiento preventivo se encuentra subsumida como parte de la actividad de implantación. En ese orden, nuestro anterior Gerente General habría interpretado que la autorización de subcontratación a FERCONSAC para llevar adelante actividades implantación también comprendía la posibilidad de llevar adelante las sub -actividades de mantenimiento preventivo, máxime cuando dichas actividades se pueden efectuar de manera paralela o consecutiva a la implantación de las unidades de medición. En ese orden, él habría considerado que la autorización que se había dado a CONAZUL también comprendía la posibilidad de emplear a FERCONSAC para llevar adelante las sub-actividades de mantenimiento preventivo."

Adicionalmente, la Carta N° 792-2013-EC-Ca de fecha 26.08.2013 en la que se hace referencia a las actividades del Ingeniero Residente:

"La instalación y mantenimiento inicial de la Unidad de medición, el mantenimiento preventivo de la unidad de medición, el mantenimiento correctivo de la unidad de medición y la reposición de medidores robados, banalizados, etc."

La Entidad señala que esta carta hace referencia a las obligaciones del Ingeniero Residente y no a que estas actividades se referían al rubro implantación.

De la evaluación conjunta de estos documentos, el Tribunal Arbitral aprecia que existían dos rubros:

- A: Implantación.
- B: Gestión.

La solicitud de subcontratación comprendía las actividades de la A.1 a la A.28 y no la actividad B.18, sin embargo, de los documentos antes citados, se aprecia que la sub actividad de mantenimiento preventivo era parte de la actividad de implantación, lo cual, no ha sido desvirtuado en el presente proceso.



Además, la solicitud de subcontratación presentada por el Consorcio no era restrictiva, describía las actividades que comprendía la subcontratación, pero no estipulaba restricciones al respecto. En tal sentido, el colegiado considera que si bien estas actividades estaban divididas en rubros diferentes, sin embargo estaban vinculadas.

Aunado a todo ello, está el hecho de que durante la ejecución de las actividades de FERCONSAC, la Entidad no observó la ejecución de las mismas, señalando en la Audiencia de Informes Orales¹⁷:

Pregunta del árbitro Edwin Giraldo: *¿No advirtió la supervisión éstas actividades que no estaban contratadas o que no eran parte de la sub-contratación?*

Respuesta de SEDAPAL:

Sí, excelente pregunta, muchas gracias. El Contratista Consorcio Ingeniería y el Equipo Micromedición y Registro nos apoyaban únicamente en la supervisión de las actividades de implantación, A1 a la A28. Las demás actividades B, C y D, que forman parte de nuestro contrato, los supervisores somos los Equipos Comerciales y por eso el Consorcio Ingeniería no lo advirtió, no los... no lo vimos, no lo, hasta que hubo una observación.

Pregunta del árbitro Dr. Edwin Giraldo: *¿Entonces Uds. tampoco lo advirtieron en su oportunidad?*

Respuesta de SEDAPAL:

Lo advertimos después, cuando ya se había ejecutado las actividades y ahí es donde realmente nos ponemos a, a revisar, los Sres. solicitaron la sub-contratación de las actividades de la A1 a la A28 tipificadas como implantación y nosotros les dimos, nuestra gerencia comercial les dio la autorización para sub-contratar estas actividades solicitadas, pero nuestro Contratista ejecutó actividades de la A1 a la A28 y además ejecutó la B18, la B19 y la B20, que no estaban autorizadas porque no los había solicitado y como dijo ya el Dr. hubo un error hubo omisión a la hora de la solicitud.

Habiendo valorado los medios probatorios antes expuestos y el conjunto de los que obran en el expediente arbitral, los argumentos presentados por las partes antes reseñados y además todos lo que obran en el expediente arbitral, el Tribunal Arbitral llega a la convicción de que el consorcio procedió conforme al artículo 146° del Reglamento en tanto que, las actividades de implantación también comprendían las actividades de mantenimiento preventivo.

Por tanto, se declara fundada la pretensión contenida en este punto controvertido.

¹⁷ Declaraciones efectuadas a partir del minuto 98.13.

II.3.8 Sobre el sétimo punto controvertido

Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar a SEDAPAL que reconozca y pague los intereses hasta la fecha real en la que se produzca el reembolso de las sumas descontadas de las valorizaciones de CONAZUL.

CONAZUL ha solicitado el pago de los intereses que se devenguen como consecuencia del reembolso que debe efectuar SEDAPAL.

Al respecto, debe tenerse presente que la deuda establecida en el presente punto controvertido tiene la calidad de ilíquida, pues su monto tuvo la calidad de incierto hasta la emisión del presente laudo arbitral. En tal sentido, los intereses legales en calidad de moratorios a los que tiene derecho CONAZUL se devengarán con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1334º del Código Civil y la octava disposición complementaria de la Ley General de Arbitraje:

"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334 y 1428 del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje."

II.3.9 DE LOS GASTOS ARBITRALES

De conformidad con lo establecido en la cláusula décimo octava del contrato que contiene el convenio arbitral, las partes han acordado que en aplicación del artículo 69º del Decreto Legislativo N° 1071, son de cargo de la parte demandante, esto es, del Consorcio AZB-HCI.

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral, dentro del plazo correspondiente, en **DERECHO, LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal de la demanda contenida en el primer punto controvertido, en consecuencia, **SE DECLARA LA INVALIDEZ DE LAS SIGUIENTES PENALIDADES:**

I.1 EECC COMAS

	Penalidad	Monto S/.
1	03	1,440.00
2	06	10,800.00
3	07	5,400.00
4	11	9,072.00
5	12	63,720.00
6	14	1,404.00
7	17	23,328.00
8	18	1,620.00

9	24	8,640.00
10	25	8,532.00
11	26	540.00
12	27	540.00
13	35	3,780.00
14	41	7,117.50
15	42	7,117.50
16	43	2,737.50
17	56	547.50
18	57	547.50
19	58	1,642.50
20	62	7,227.00
21	63	29,236.50
22	64	547.50
23	67	2,190.00
24	76	6,570
25	81	23,761.50
26	83	12,811.50
	SUB TOTAL	240,870.00

I.2 EECC CALLAO

	Penalidad	Monto
1	01	4,212.00
2	02	2,160.00
3	04	1,080.00
4	10	9,720.00
5	16	6,804.00
6	17	1,080.00
7	24	16,200.00
8	25	16,425.00
9	26	56,393.00
10	28	56,940.00
11	29	10,183.50
12	37	13,687.50
13	38	130,302.00
14	39	175,640.00
15	41	28,798.50
16	42	43,909.50
17	46	42,157.50
18	52	10,950.00
	SUB TOTAL	626,642.50

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión principal de la demanda contenida en el segundo punto controvertido, en consecuencia, se ordena que SEDAPAL reembolse a CONAZUL la suma de S/. 240,870.00 Nuevos Soles correspondientes a las penalidades descontadas en el EECC COMAS y S/. 626,642.50 correspondientes al EECC CALLAO.

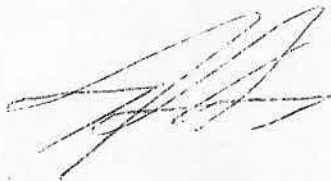
TERCERO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda, en consecuencia, se ordena que SEDAPAL SE ABSTENGA DE DESCONTAR LA SUMA DE S/. 56,940.00 correspondiente a la penalidad 28 de EE CC CALLAO, que no ha sido descontada aún.

CUARTO: La interpretación del procedimiento establecido en las bases y en la cláusula décimo cuarta del contrato para la aplicación de penalidades contractuales está desarrollada en el numeral II.3.6 Del presente laudo arbitral.

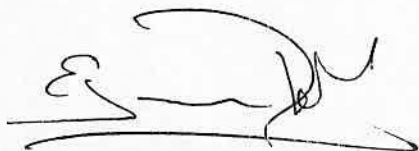
QUINTO: Declarar que CONAZUL subcontrato a la empresa FERCONSAC contando con la autorización de SEDAPAL en el marco del contrato, la Ley y Reglamento de Contrataciones con el Estado.

SEXTO: Declarar que SEDAPAL reconozca y pague los intereses hasta la fecha real de pago de las penalidades declaradas invalidas y descontadas de las valorizaciones de CONAZUL.

Notifíquese a las partes.



HUGO SOLOGUREN CALMET-PONTE
Presidente del Tribunal Arbitral



EDWIN GIRALDO MACHADO
Árbitro



JORGE MARTÍN SÁNCHEZ ARRIOLA
Árbitro