

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Consortio Indura del Perú S.A y MSA del Perú S.A.C

En adelante el CONTRATISTA, CONSORCIO INDURA, o el
DEMANDANTE.

Demandado:

Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima

En adelante la ENTIDAD, SEDAPAL, o el DEMANDADO.

Tipo de Arbitraje:

Institucional, Nacional y de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Sergio Tafur Sánchez (Presidente).

Dr. Ricardo Rodríguez Ardiles.

Dr. Yuri Vega Mere.

RESOLUCIÓN Nº 20

Lima, 04 de julio de 2016

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 22 de enero de 2014, se suscribió el contrato de adquisición de bienes: Nº 051-2014-SEDAPAL, entre el CONSORCIO INDURA y SEDAPAL. Dicho contrato tenía por objeto la provisión a SEDAPAL de diversos implementos de protección personal que se detallan en la cláusula segunda del contrato (Paquete Nº 1 por S/. 965 079.52 y Paquete Nº 2 por S/. 680 985.67, lo que da un total de S/. 1 646 065.19)
2. Por su parte, la cláusula vigésima del contrato establece lo siguiente:

"(...) Las controversias que no pudieran resolverse a través de conciliación o las que se resolvieran de una manera parcial, respecto de la parte que se mantiene la controversia, deben someterse a un arbitraje de derecho, mediante el cual serán resueltas de manera definitiva e inapelable, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado y en el Decreto Legislativo Nº 1071.

(...)

El Arbitraje se desarrollará en la ciudad de Lima, ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (...)"

3. Al amparo de dicha cláusula y dada la existencia de controversias suscitadas, el CONSORCIO procedió a presentar ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú la correspondiente solicitud de arbitraje a efecto de tratar los temas que son materia de este proceso.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

4. Con fecha 9 de febrero de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral en el local designado por el Tribunal Arbitral, donde se reunieron los doctores Sergio Tafur Sánchez, en su

calidad del Presidente del Tribunal Arbitral, y Ricardo Rodríguez Ardiles y Yuri Vega Mere, en su calidad de árbitros.

5. Con fecha 23 de febrero del 2015, el **CONSORCIO** presentó su escrito de demanda, adjuntado con fecha 24 de febrero de 2015 documentos faltantes, y se dispuso correr traslado a **SEDAPAL** para que cumpla con contestar dentro de un plazo de diez (10) días hábiles. Asimismo, se resolvió otorgar a las partes el plazo de cinco (5) días para formular tachas y oposiciones a los medios probatorios ofrecidos.

Las pretensiones materia de la demanda son las siguientes:

“PRETENSIÓN PRINCIPAL: Solicitamos al Tribunal declare la ilegalidad de la aplicación de la penalidad del 10% del monto del contrato de adquisición de bienes Nº 051-2014-SEDAPAL por mora en la ejecución de la prestación a cargo del **CONSORCIO**, que asciende a la suma de S/. 164,601.51 (Ciento sesenta y cuatro mil seiscientos uno con 51/100 Nuevos Soles) y que fue comunicada mediante Carta Nº 11-2014-ESHO de fecha 05 de agosto de 2014, la cual fue suscrita por el Jefe del Equipo de Seguridad e Higiene Ocupacional y el Gerente de Recursos Humanos, la cual constituye un cobro indebido”

“PRETENSIÓN ACCESORIA PRINCIPAL: Como consecuencia del amparo de nuestra Pretensión Principal, solicitamos al Tribunal ordene a SEDAPAL, cumpla con restituirnos la suma de S/. 164,601.51 (Ciento sesenta y cuatro mil seiscientos uno con 51/100 Nuevos Soles) indebidamente cobrados como penalidad del 10% del monto del Contrato de Adquisición de Bienes Nº 051-2014-SEDAPAL y que fue comunicada mediante Carta Nº 11-2014-ESHO de fecha 05 de agosto de 2014, la cual fue suscrita por el Jefe de Equipo y Seguridad e Higiene Ocupacional y el Gerente de Recursos Humano. Dicha suma fue descontada de la Carta Fianza otorgada como garantía de fiel cumplimiento al momento de celebrar el contrato. Hacemos extensiva a esta pretensión el pago de los intereses moratorios y compensatorios respectivos que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo de la totalidad de la suma pretendida.”

6. Con fecha 20 de marzo del 2015, SEDAPAL contestó la demanda arbitral y en su Primer Otrosí Decimos, formula reconvencción en los términos siguientes:

"En vía de Reconvención: Solicitamos que se condene al Consorcio al pago íntegro de los gastos arbitrales que irroque (gastos administrativos del Centro, así como honorarios de los árbitros) el presente arbitraje."

7. Con fecha 9 de abril de 2015 se emitió la resolución Nº 3, por la que se resolvió la admisión de la contestación a la demanda presentada por **SEDAPAL**, admitiendo la reconvención y corriéndose traslado de esta por el plazo de diez (10) días.
8. Con fecha 29 de agosto del año 2015, el **CONSORCIO INDURA**, , cumplió con absolver el traslado conferido en la resolución Nº 3.
9. Con fecha 28 de mayo de 2015 se emitió la resolución Nº 7 en la que se resolvió tener presente la absolución de la contestación de la demanda y se tuvo por admitida la contestación de la reconvención. Finalmente, se dispuso citar a las partes a la audiencia de fijación de puntos controvertidos para el día miércoles 24 de junio de 2015 a las 3:30 pm.
10. Con fecha 24 de junio de 2015, de acuerdo al numeral 25 del acta de instalación, se procedió a dar inicio al desarrollo de la audiencia para determinar la fijación de puntos controvertidos, acto seguido, el Tribunal Arbitral, con la participación de las partes establecieron los siguientes puntos controvertidos:
 - "a) *Respecto de la demanda presentada por el Consorcio con fecha 23 de febrero de 2015, subsanada mediante escrito presentado con fecha 24 de febrero de 2015, de la contestación de demanda y reconvención presentadas por SEDAPAL con fecha 20 de marzo de 2015, y de la absolución de la contestación presentada por el Consorcio con fecha 29 de abril de 2015:*
 1. *Determinar si corresponde o no, que se declare la ilegalidad de la aplicación de la penalidad del diez por ciento (10%) del monto de contrato de adquisición de bienes Nº 051-2014-SEDAPAL.*
 2. *Determinar si corresponde o no que SEDAPAL restituya la suma de S/. 164,601.51, cobrados como penalidad del 10% del monto del contrato, así como el pago de los intereses moratorios y compensatorios respectivos que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo de la totalidad de la suma pretendida.*

b) *Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.”*

11. Con fecha 25 de junio de 2015 fue presentado el escrito S/N por parte de CONSORCIO INDURA proponiendo puntos controvertidos.
12. Con fecha 03 de julio de 2015 se emitió la resolución Nº 9 en la que se indica al **CONSORCIO** que los puntos controvertidos ya fueron establecidos en la audiencia de fijación de puntos controvertidos de fecha 24 de junio de 2015.
13. Con fecha 15 de julio de 2015, se emitió la resolución Nº 10 por la que se requirió a SEDAPAL a presentar copias fedateadas de los siguientes documentos: (i) El procedimiento “Recepción, Almacenamiento y despacho de Bienes, Materiales y Suministro”, (ii) El procedimiento “Administración de Cartas Fianza o Pólizas de Caución de Terceros” (iii) “El manual de Organización y Responsabilidad General –MORG.
14. Con fecha 23 de julio del 2015 con escrito S/N, SEDAPAL presentó los documentos solicitados en la resolución Nº 10.
15. Con fecha 03 de agosto de 2015, se emitió la resolución Nº 11, otorgando a SEDAPAL un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumpla con precisar si el procedimiento “Administración de Cartas Fianza o Pólizas de Caución de Terceros” y el “Manual de Organización y Responsabilidad General –MORG” que presento, eran los documentos vigentes durante la ejecución del contrato
16. Con fecha 10 de agosto de 2015, se emitió la resolución Nº 12, por la que se advierte que SEDAPAL no ha cumplido con señalar si “El manual de Organización y Responsabilidad General –MORG, presentado mediante escrito con fecha 09 de julio de 2015 era el vigente durante el contrato.
17. Con fecha 13 de agosto de 2015 el CONSORCIO, en mérito del requerimiento efectuado en la audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos respecto a la presentación por parte de SEDAPAL de copia fedateada de los documentos señalados del numeral 4.10 al 4.17 del escrito de demanda cuya exhibición le había sido solicitada, señaló que se había cumplido con presentar alguna de la información requerida,

en tanto que otra no había sido presentada, o que la presentada no correspondía al periodo¹.

18. Con fecha 14 de agosto de 2015, **SEDAPAL** cumplió con anexar el Manual de Organización y Responsabilidades General- MORG que estuvo vigente en el periodo.
19. Mediante resolución Nº 13, se requirió a SEDAPAL a precisar los aspectos que habían sido observados por el CONSORCIO a través de su escrito del 13 de agosto de 2015, bajo apercibimiento de tener por no ofrecidos dichos medios probatorios.
20. Con fecha 07 de setiembre de 2015, **SEDAPAL** cumplió con precisar lo solicitado en la resolución Nº 13, esencialmente en los términos siguientes:
 - I. Reglamento de Organización y funciones –ROF de SEDAPAL vigente durante la ejecución del contrato-Considerando que no sería necesario que se presente el de todos los Equipos sino solo de los equipos involucrados.
 - II. El Manual de Organización y Responsabilidad General – MORG- que contiene todas las modificaciones realizadas al MORG durante el ejercicio del 2014 , vigente a enero del 2014.
 - III. Manual de Organización y Responsabilidades Específicas – MORE- que es el documento vigente durante la ejecución del contrato.

¹ Básicamente indicó lo siguiente:

- I. “Recepción, Almacenamiento y despacho de Bienes, Materiales y Suministro”- CUMPLIÓ.
- II. “Procedimiento de ejecución de pagos ”- CUMPLIÓ.
- III. El procedimiento “Administración de Cartas Fianza o Pólizas de Caución de Terceros”- CUMPLIÓ
- IV. Reglamento de Organización y funciones –ROF de SEDAPAL vigente durante la ejecución del contrato- NO CUMPLIÓ.
- V. El manual de Organización y Responsabilidad General –MORG, vigente durante la ejecución del contrato – NO CUMPLIÓ
- VI. Manual de Organización y Responsabilidades Específicas – MORE de SEDAPAL vigente durante la ejecución del contrato- CUMPLA CON PRECISAR SI EL MISMO SE ENCONTRABA VIGENTE.
- VII. Medio probatorio signado con el numeral 4.16 – NO SE VERIFICA QUE SE ENCUENTRE EL ACTA DE CONFORMIDAD.
- VIII. Medio probatorio signado con el numeral 4.17- NO CUMPLIÓ

- IV. Medio probatorio signado con el numeral 4.16- SEDAPAL aclara que no existe un acta de conformidad que se expidan entre equipos y /o áreas usuarias.
- V. Expediente de pago derivado del contrato- SEDAPAL aclara que no gestiona expedientes de pago, lo único que se tiene son los pagos por los productos o servicios brindados.
21. Con fecha 08 de setiembre de 2015, CONSORCIO INDURA presentó recurso de reconsideración contra resolución N° 13 en el extremo que decretó el apercibimiento de tener por no ofrecidos los medios probatorios cuya exhibición había sido solicitada a SEDAPAL, pues se trataba de medios probatorios ofrecidos por el CONSORCIO.
22. Mediante resolución N° 14 se declaró fundada la reconsideración interpuesta contra la resolución N° 13, y en consecuencia se dispuso que el apercibimiento era el de tener en cuenta la conducta de SEDAPAL.
- 23.- Con fecha 25 de enero de 2016 se llevó a cabo la audiencia de ilustración, en la que se solicitó a las partes que presenten las Bases Integradas, así como una línea del tiempo respecto de los hechos vinculados a la controversia, concediéndoles para tal efecto un plazo de diez (10) días.
24. Con fecha 02 de marzo de 2016 el CONSORCIO presentó la línea de tiempo solicitada, y 04 de marzo de 2016, SEDAPAL presentó las Bases Integradas, dándose por cumplido ello mediante resolución N° 17, por la que también se dispuso el cierre de la etapa probatoria y se concedió a las partes el plazo para que presenten sus alegatos escritos.
25. Con fecha 07 de abril de 2016, el CONSORCIO presentó sus alegatos escritos, y el día 01 de abril de 2016 SEDAPAL presentó sus alegatos escritos.
26. Con fecha 09 de mayo de 2016 se llevó a cabo la audiencia de informes orales, en la que participaron ambas partes. Asimismo se fijó en dicha oportunidad el plazo para laudar en 30 días hábiles.
27. Mediante resolución N° 19 de fecha 10 de junio de 2016, se amplió el plazo para laudar por 30 días hábiles adicionales.

CONSIDERANDOS:

28. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el Tribunal Arbitral fue designado de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO; ii) que, EL CONSORCIO presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iii) que, por su parte, SEDAPAL fue debidamente emplazada, contestando la demanda, ejerciendo plenamente su derecho de defensa y; iv) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
29. Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.
30. En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la prueba.
- Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.
- Asimismo, el Tribunal Arbitral hace notar que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 49° del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
31. Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de todos los medios probatorios que obran en el expediente.
32. **SOBRE LA DEMANDA:**

“PRETENSIÓN PRINCIPAL: Solicitamos al Tribunal declare la ilegalidad de la aplicación de la penalidad del 10% del monto del contrato de adquisición de bienes Nº 051-2014-SEDAPAL por mora en la ejecución de la prestación a cargo del **CONSORCIO**, que asciende a la suma de S/. 164,601.51 (Ciento sesenta y cuatro mil seiscientos uno con 51/100 Nuevos Soles) y que fue comunicada mediante Carta Nº 11-2014-ESHO de fecha 05 de agosto de 2014, la cual fue suscrita por el Jefe del Equipo de Seguridad e Higiene Ocupacional y el Gerente de Recursos Humanos, la cual constituye un cobro indebido.”

Punto controvertido relacionado a la Pretensión Principal de la Demanda:

“Determinar si corresponde o no, que se declare la ilegalidad de la aplicación de la penalidad del diez por ciento (10%) del monto de contrato de adquisición de bienes Nº 051-2014-SEDAPAL.”

33. **Resumen de los fundamentos esenciales del CONSORCIO vertidos a lo largo del proceso:**
34. El CONSORCIO y SEDAPAL suscribieron el contrato de adquisición de bienes de fecha 22 de enero del 2014 para la “adquisición de implementos de protección personal paquete 01 y 02” por el monto de S/. 1 646 065.19.
35. En el mencionado contrato se estableció un plazo de 20 días calendario para la entrega de los bienes, contados a partir de la suscripción del contrato. Dicho plazo culminaba el 11 de febrero del 2014, si se toma en cuenta la fecha que aparece en el contrato; empero manifiesta que en realidad el contrato recién se terminó de suscribir el día 18 de febrero de 2014 por causas imputables a SEDAPAL, según se puede apreciar de los correos electrónicos adjuntos a la demanda, por lo que la fecha máxima para la entrega de los bienes recién vencía el 10 de marzo de 2014.
36. Indica el CONSORCIO que recién con fecha 11 de febrero del 2014 SEDAPAL extendió el documento denominado “Pedido de Bienes Nacionales Nº 4500029360”, generando que el personal de almacén de **SEDAPAL** no permita la recepción de los bienes al no encontrarse facultados para recepcionar mercadería alguna.

Agrega que, incluso si se tomase en cuenta el 11 de febrero de 2014, la fecha máxima de entrega de los bienes vencía el 03 de marzo de 2014.

37. Señala el CONSOCIO que, independientemente de si la fecha final de entrega era el día 03 o el 10 de marzo de 2014, lo cierto es que la entrega final de los bienes se prorrogó mediante acuerdo entre las partes debido a los cambios de tallas solicitados por SEDAPAL respecto a parte de los implementos adquiridos, pues en las Bases Integradas no se especificaron las tallas o el número de bienes con cada talla. Asimismo, señala que el retardo se produjo debido a la falta de capacidad de recepción en el almacén de SEDAPAL pues contaba con poco personal para realizar la labor de recepción, lo que consta en diversos correos electrónicos ofrecidos como prueba en los anexos de la demanda, entregándose finalmente los bienes el 11 de abril del 2014.
38. Agrega que, al haberse entregado los bienes conforme a lo coordinado con SEDAPAL, presentó las facturas por el monto total del contrato, suma que se le pago, siendo que para tal efecto resultaba necesaria la conformidad respectiva por parte de SEDAPAL.
39. Expresa, el CONSORCIO, que con fecha 12 de marzo de 2014 hizo efectivo el recojo y cobro de los cheques emitidos por SEDAPAL.
40. Sin embargo, es recién el 07 de agosto de 2014, en que tomó conocimiento por la Carta Nº 11-2014-ESHO de fecha 05 de agosto de 2014, suscrita por el Gerente de Recursos Humanos conjuntamente con el Jefe de Equipo de Seguridad e Higiene Ocupacional de SEDAPAL, que se le ha aplicado la penalidad por mora por el monto del 10% del contrato, es decir, por la suma de S/. 164 601.51, la cual coincide con el importe de la garantía de fiel cumplimiento de contrato, indicándosele que dicho importe le sería descontado de su factura y/o de la garantía de fiel cumplimiento.
41. Señala el CONSORCIO que a efectos de cobrarse la penalidad finalmente SEDAPAL ejecutó la carta fianza de fiel cumplimiento.
42. En tal sentido señala que la penalidad aplicada resulta también ilegal en la medida que a la fecha en la que se le comunica, ya el contrato había perdido vigencia, pues el pago de contraprestación por parte de SEDAPAL se había efectuado como consecuencia de la emisión de la conformidad de entrega de los bienes correspondientes, pues conforme

a los procedimientos internos de pago de SEDAPAL dicha conformidad es imprescindible para el pago.

43. Asimismo agrega el CONSORCIO que la penalidad aplicada por SEDAPAL resulta ilegal en tanto que quienes suscribieron la carta de aplicación de las penalidades no contaban con las facultades para ello.
44. Finalmente manifiesta que la penalidad deviene también en ilegal en tanto que la entrega de los bienes el 11 de abril de 2014 se produjo debido a la falta de capacidad de recepción en el almacén de SEDAPAL, por los problemas de cambios de talla y por los problemas en la suscripción del contrato, todos ellos imputables a SEDAPAL.
45. **Resumen de los fundamentos esenciales de SEDAPAL vertidos a lo largo del proceso:**
46. Indica que el 05 de agosto de 2014, el Equipo de Seguridad e Higiene Ocupacional de SEDAPAL remitió la Carta Nº 011-2014-ESHO por la que se informa al CONSORCIO que había incurrido en retraso en la fecha pactada para la entrega de los bienes, por lo que correspondía aplicar la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, conforme al artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE).
47. La penalidad impuesta al CONSORCIO no puede ser dejada sin efecto por el Tribunal Arbitral pues la misma si ha sido aplicada con transparencia.
48. Agrega SEDAPAL que la fecha de suscripción del contrato fue el 22 de enero de 2014, y que únicamente faltaba la visación de una hoja, pero que jamás se cambió la fecha del contrato.
49. En cuanto al documento denominado "Pedido de Bienes Nacionales" señala que el contrato no establecía éste como requisito para el cómputo del plazo de entrega de los implementos, y tampoco se le menciona en el mismo.
50. En tal sentido rechaza la afirmación del CONSORCIO respecto a que dicho documento resultaba necesario para el inicio del plazo de entrega de los bienes, pero que incluso si el plazo se contabilizase desde la

fecha de entrega de dicho documento, éste habría vencido el 03 de marzo de 2014, pero los bienes fueron entregados mucho después.

51. Posición del Tribunal Arbitral:

52. Revisadas las posiciones de las partes el Tribunal Arbitral advierte que, corresponde en primer lugar analizar si, de acuerdo al marco normativo que regula el contrato celebrado, es posible que en un contrato de adquisición de bienes, luego de haberse recibido éstos y pagado de manera integra el precio, la Entidad Pública contratante proceda a determinar y aplicar una penalidad por mora en el cumplimiento de la prestación.
53. Lo anterior resulta relevante, pues ello ha sido invocado por el CONSORCIO, y además en este proceso ha quedado acreditado que los bienes se entregaron el día 11 de abril de 2014, que el CONSORCIO presentó sus facturas por el monto total del contrato, las mismas que le fueron pagadas por SEDAPAL (hecho que por lo demás no ha sido desmentido por la demandada).
54. A efecto del análisis indicado es de tener en cuenta que:
55. La cláusula décima novena del contrato establece:

"CLÁUSULA DECIMA NOVENA: MARCO LEGAL

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las Directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando correspondan, y demás normas de derecho privado."

Esto supone que el marco normativo que regula el contrato se encuentra conformado por lo siguiente:

- El propio contrato y los documentos que lo integran.
- La Ley de Contrataciones del Estado (LCE), vigente al momento de la convocatoria (Decreto Legislativo Nº1071)
- El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE), vigente al momento de la convocatoria.

- Las Directivas que emita el OSCE.
- Las demás normas especiales (llámense las normas de derecho público, que pudiesen resultar relevantes).
- Las disposiciones del Código Civil y demás normas de derecho privado.

56. Por su parte, la cláusula cuarta del contrato señala:

"CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

SEDAPAL se obliga a pagar a EL CONTRATISTA en Nuevos Soles, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. (...)"

57. A su vez la cláusula décima tercera, señala:

"CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: CONFORMIDAD DEL BIEN

La conformidad de recepción de la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. (...)"

58. El artículo 42 de la LCE señala:

"Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente. (...)"

El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato."

59. El artículo 176 del RLCE a su vez establece lo siguiente:

"La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de los que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad."

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que resulten necesarias. (...)

60. Finalmente, el artículo 177 del RLCE señala:

“Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Las discrepancias referidas a defectos o vicios ocultos deberán ser sometidas a conciliación y/ arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad hasta quince (15) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad previsto en el contrato.”

61. Así las cosas, el Tribunal Arbitral advierte que a efecto de haberse procedido con el pago del precio de la totalidad del contrato a favor del Consorcio, tuvo que existir una conformidad por parte del área competente por parte de SEDAPAL, sin que se haya demostrado en este arbitraje que se hubiese determinado previamente la aplicación de penalidad alguna. Por el contrario, SEDAPAL ha reconocido en su escrito de contestación que, es recién con la Nº 011-2014-ESHO cursada el día 05 de agosto de 2014, varios meses después del pago que señala el CONSORCIO, en que se comunica la existencia de un retraso en la entrega de parte de los implementos adquiridos.
62. Es de relevancia absoluta para el Tribunal destacar que en el curso de este arbitraje SEDAPAL no ha negado la aseveración del CONSORCIO en el sentido que éste presentó sus facturas por el monto total del contrato celebrado y que ellas le fueron pagadas con fecha 12 de marzo de 2014 (mediante el recojo de los cheques respectivos). Asimismo es de especial relevancia el advertir que pese al pedido del CONSORCIO para que SEDAPAL cumpla con presentar la documentación relativa al pago que se le efectuó y las conformidades que sustentaron el mismo; SEDAPAL no la ha alcanzado y se ha limitado a señalar en su escrito del 07 de septiembre del 2015 que *“En SEDAPAL no se gestionan expedientes de pago, lo único que se tiene son los pagos efectuados, y/o de ser el caso los pagos por los productos o servicios brindados a la*

empresa”; ante lo que el CONSORCIO mediante su escrito de fecha 08 de setiembre de 2015 pidió que se tenga en cuenta que SEDAPAL no estaba cumpliendo con presentar el acta de conformidad ni el expediente de pago del contrato celebrado.

63. Precisamente en razón de lo anterior, el Tribunal mediante resolución Nº 14 señaló que el apercibimiento ante ello sería el tener en cuenta en su oportunidad la conducta procesal de SEDAPAL
64. De la propia documentación presentada por SEDAPAL en este proceso, y en especial del denominado “Procedimiento de Ejecución de Pagos” de fecha 2011.08.31, este Tribunal Arbitral aprecia que, para efecto de proceder a los pagos resulta necesario que se haya emitido la hoja de conformidad (lo que por demás es coincidente con la LCE, su Reglamento y el propio contrato, conforme se ha advertido precedentemente).
65. Consecuentemente, al no haber SEDAPAL desmentido ni desvirtuado dicho pago, y no haber colaborado con presentar los documentos que generaron el mismo, este Tribunal válida la versión del CONSORCIO respecto del pago íntegro que se le realizó.
66. Consecuentemente, al haberse dado conformidad a la entrega (requisito indispensable para el pago) y haberse procedido al pago íntegro del monto pactado en el contrato, ello generó, según el marco normativo al que se sujetó la relación contractual de las partes, la “culminación del contrato y el cierre del expediente de contratación”.
67. Cabe preguntarse ¿qué importa, según el marco normativo aplicable al contrato celebrado, la culminación del contrato? Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, culminar significa “dar fin o cima a una tarea”. En esencia la culminación del contrato importa la finalización de la relación, y bajo esta concepción es que producido este hecho, las partes no pueden imputarse o atribuirse responsabilidad alguna por aspectos anteriores a ese momento producto de dicha relación, pues de lo contrario no habría “culminación alguna”, y si bien pueden existir algunas materias que podrían ser vistas con posterioridad ellas deben estar perfectamente permitidas o habilitadas de manera expresa, como es el caso de los vicios ocultos o de los desperfectos que estén cubiertos por determinadas garantías.
68. Como se sabe la culminación del contrato, según la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en el caso de bienes y

servicios, esta dada con la conformidad y pago, en tanto que en el caso de obras y consultoría de obras se produce con la liquidación consentida o firme. Así pues, si una liquidación queda firme, culmina el contrato, y ello supone que no puede reabrirse el mismo para considerar aspectos que hubiesen tenido su origen en hechos precedentes.

69. A criterio del Tribunal Arbitral, el marco dado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento en esta materia, se orienta a que luego de haber culminado el contrato, ninguna de las partes pueda invocar un hecho que genere incumplimiento parcial, tardía o defectuoso de la prestación (dejando de lado los casos expresamente previstos en la normativa como por ejemplo el de los vicios ocultos o defectos que estén expresamente cubiertos por garantías específicas). En este sentido debe tenerse en cuenta que a criterio de este Tribunal no resulta factible que luego de culminado el contrato se pueda determinar por la Entidad la aplicación de penalidades, pues ello significaría revivir una relación que ya se encuentra extinguida.
70. Es pertinente recordar que aún cuando referido al caso de los contratos de servicios (pero que es perfectamente aplicable también por la materia regulada al presente caso), el OSCE ha señalado lo siguiente:

“Opinión 055-2016/DTN

La normativa de contrataciones del Estado establece que los contratos de servicios culminan una vez efectuado el pago correspondiente, para lo cual, la Entidad debe haber emitido previamente la conformidad de la prestación acordada o de la última prestación, cuando se haya pactado la ejecución de más de una.

La normativa de contrataciones del Estado, en el caso de contratos de servicios, no ha condicionado el pago al contratista a la aprobación de una liquidación -como sí sucede en los contratos de consultoría de obras-; por tanto, el contrato de servicios culminará una vez realizado el pago, siempre que previamente se haya emitido la conformidad de la prestación.

Una vez emitida la conformidad de la prestación y efectuado el pago correspondiente culmina el contrato de servicios y, por tanto, a partir de ese momento opera la caducidad para someter a conciliación o arbitraje cualquier controversia relacionada a la

ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato; salvo que se trate de reclamos formulados por vicios ocultos en el servicio, en cuyo caso deberá considerarse el plazo de responsabilidad previsto en las bases a efectos determinar el momento en que opera la caducidad.”

71. En este sentido la culminación del contrato importa el fin de la posibilidad que las partes puedan imputarse responsabilidades provenientes de hechos que tienen su origen en momentos previos a la misma, siendo que ello impone una exigencia tanto a la Entidad como al Contratista respecto de su actuación oportuna y diligente, pues pretende dar una terminación a la relación contractual originada. Por lo demás, tampoco se advierte que en este proceso se hubiese ventilado pretensión reconvenzional alguna respecto de algún pago indebido o por error.
72. A la luz de lo anterior, este Tribunal Arbitral estima que la penalidad que SEDAPAL ha aplicado, no resulta acorde con el ordenamiento legal especial que regula la contratación pública y, por ende, deviene en ilegal, siendo innecesario que este Tribunal se pronuncie respecto de las demás alegaciones del Consorcio relativas a:
- La existencia o no de facultades de quienes suscribieron la Carta por la que se comunican las penalidades.
 - La fecha real de suscripción del contrato (al margen que independientemente de si esto fue el 22 de enero o el 18 de febrero de 2014, lo cierto es que los bienes se entregaron el 11 de abril de 2014).
 - La incidencia o no del documento denominado “Pedido de Bienes Nacionales” para el efectos del inicio del cómputo del plazo de entrega, o para poder efectuar la entrega de manera previa.
 - La determinación oportuna o no de las tallas de determinados bienes materia de la adquisición.
 - La falta de capacidad o no, del personal a cargo de los almacenes de SEDAPAL.
73. **“PRETENSIÓN ACCESORIA PRINCIPAL:** Como consecuencia del amparo de nuestra Pretensión Principal, solicitamos al Tribunal ordene a SEDAPAL, cumpla con restituirnos la suma de S/. 164,601.51 (Ciento sesenta y cuatro mil seiscientos uno con 51/100 Nuevos Soles) indebidamente cobrados como penalidad del 10% del monto del Contrato de Adquisición de Bienes Nº 051-2014-SEDAPAL y que fue comunicada mediante Carta Nº 11-2014-ESHO de fecha 05 de agosto

de 2014, la cual fue suscrita por el Jefe de Equipo y Seguridad e Higiene Ocupacional y el Gerente de Recursos Humano. Dicha suma fue descontada de la Carta Fianza otorgada como garantía de fiel cumplimiento al momento de celebrar el contrato. Hacemos extensiva a esta pretensión el pago de los intereses moratorios y compensatorios respectivos que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo de la totalidad de la suma pretendida.”

Punto controvertido relacionado a la Pretensión Accesorio a la Principal de la Demanda:

“Determinar si corresponde o no que SEDAPAL restituya la suma de S/. 164 601.51, cobrados como penalidad del 10% del monto del contrato, así como el pago de los intereses moratorios y compensatorios respectivos que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo de la totalidad de la suma pretendida.”

74. Resumen de la posición del CONSORCIO

75. Señala que, de ampararse la pretensión principal de su demanda, corresponde que se ordene la devolución del importe de la penalidad que le fuera cobrada mediante la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento.

76. Resumen de la posición de SEDAPAL

77. Al desestimarse la pretensión principal, corresponde desestimar la pretensión accesoria, pues SEDAPAL impuso válidamente la penalidad.

78. Posición del Tribunal Arbitral:

79. Al haberse declarado fundada la pretensión principal de la demanda, este Tribunal Arbitral considera que corresponde amparar la pretensión accesoria, y por ende disponer que SEDAPAL restituya la suma de S/. 164 601.51, cobrados como penalidad del 10% del monto del contrato, así como el pago de los intereses moratorios y compensatorios respectivos que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo de la totalidad de la suma pretendida.

80. Es de indicar que el CONSORCIO no ha señalado desde cuando debe considerarse el pago de los intereses que demanda, por lo que a criterio de este Tribunal debe tenerse en cuenta que ambas partes han coincidido en que con fecha 27 de agosto de 2014 SEDAPAL requirió la ejecución de la Carta Fianza Nº 010428816 000 al Banco Scotiabank,

por lo que los intereses se devengarán a partir del día siguiente a dicha fecha (28 de agosto de 2014) hasta el momento la fecha de la fecha de pago efectivo de la totalidad de la suma ordenada pagar.

81. Asimismo, es de precisar que conforme lo dispone el artículo 1245 del Código Civil, al no haberse pactado tasa de interés moratorio o compensatorio, resulta de observancia la tasa de interés legal.
82. Finalmente, en cuanto a la naturaleza del interés, este tribunal estima lo siguiente:
- Desde la fecha del cálculo del interés (28 de agosto de 2014), hasta la presentación de la solicitud de arbitraje, el interés tendrá carácter de compensatorio.
 - Desde la fecha de la presentación de la solicitud de arbitraje (14 de octubre de 2014), hasta la fecha de pago íntegro del monto ordenado a cancelar, tendrá el carácter de interés moratorio.
83. **Punto controvertido relacionado con las costas y costos arbitrales:**

“Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.”

84. **Posición del Tribunal Arbitral:**

85. Si bien se advierte que SEDAPAL presentó reconvencción solicitando que se condene al CONSORCIO al pago de los gastos arbitrales, ésta es una materia sobre la que independientemente de cualquier pedido de las partes, el Tribunal Arbitral debe pronunciarse por mandato de la Ley de Arbitraje y del propio Reglamento del Centro.
86. Teniendo en cuenta que el presente arbitraje se encuentra sometido al Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, debe tenerse en consideración lo señalado en éste.
87. En tal sentido resultan de relevancia lo señalado en los artículos 103 y 104 del mismo, que establecen lo siguiente:

“Costos arbitrales

Artículo 103.-

Los costos del arbitraje comprenden los siguientes conceptos:

a) Los gastos administrativos del Centro. b) Los honorarios de los árbitros.

c) Los gastos de viaje y otros que con ocasión a éstos, realicen los árbitros y el personal del Centro, de conformidad con las disposiciones de este Reglamento.

d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por los árbitros, conforme a este Reglamento.

e) Los honorarios razonables de las defensas de las partes.

f) Otros gastos razonables derivados de las actuaciones arbitrales.

Distribución de los costos arbitrales

Artículo 104.-

Los árbitros se pronunciarán en el laudo que pone fin a la controversia sobre la asunción de los costos del arbitraje, atendiendo a lo establecido en el convenio arbitral. De no existir acuerdo al respecto, los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje.

Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje."

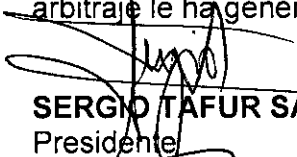
88. Así las cosas se advierte claramente que la en la cláusula vigésima del contrato, SEDAPAL y EL CONSORCIO acordaron que en caso del arbitraje todos los gastos, costos y costas del proceso arbitral serán de cargo de las partes; es decir que cada una de ella debe asumir aquellos que se vieron en la necesidad de incurrir (siempre que una no haya tenido que asumir aquello que le correspondía a la otra).
89. Consecuentemente y teniendo en cuenta que según la información obrante en el Centro de Arbitraje cada parte pago los gastos que le eran atribuibles, este Tribunal estima que cada parte debe asumir sus propios gastos que este arbitraje le ha generado.

LAUDA POR UNANIMIDAD:

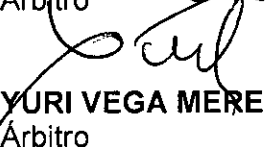
PRIMERO.- Declarar FUNDADA la PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA y en consecuencia declara ilegal la aplicación de la penalidad del 10% del monto del contrato de adquisición de bienes Nº 051-2014-SEDAPAL por mora en la ejecución de la prestación a cargo del **CONSORCIO**, que asciende a la suma de S/. 164 601.51 (Ciento sesenta y cuatro mil seiscientos uno con 51/100 Soles) y que fue comunicada mediante Carta Nº 11-2014-ESHO de fecha 05 de agosto de 2014, la cual fue suscrita por el Jefe del Equipo de Seguridad e Higiene Ocupacional y el Gerente de Recursos Humanos, la cual constituye un cobro indebido.

SEGUNDO.- Declarar FUNDADA la PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRINCIPAL DE LA DEMANDA y en consecuencia ordena a SEDAPAL cumpla con restituir a EL CONSORCIO la suma de S/. 164 601.51 (Ciento sesenta y cuatro mil seiscientos uno con 51/100 Soles) indebidamente cobrados como penalidad del 10% del monto del Contrato de Adquisición de Bienes Nº 051-2014-SEDAPAL, más los intereses legales compensatorios y moratorios que se generen hasta la fecha de su pago real y efectivo (Íntegro), conforme a lo indicado en la parte considerativa del presente laudo (numeral 82)

TERCERO.- Declarar que cada parte debe asumir sus propios gastos que este arbitraje le ha generado.


SERGIO TAFUR SÁNCHEZ
Presidente


RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES
Árbitro


YURI VEGA MERE
Árbitro