

EXP. 984-46-16

CONSORCIO AGUSTINO CONSULTORES – SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y
ALCANTARILLADO DE LIMA

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: CONSORCIO AGUSTINO CONSULTORES (en
adelante CONSORCIO o en su defecto el
demandante)

DEMANDADO: SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y
ALCANTARILLADO DE LIMA (en adelante
SEDAPAL o en su defecto el demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL: Pedro Coronado Labó (Presidente)
Alejandro Acosta Alejos (designado árbitro por el
CONSORCIO)
Arturo Seminario Dapello (Designado por
SEDAPAL)

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje del
Centro de Resolución de Conflictos de la Universidad
Católica.

Resolución N° 19

En Lima, a los 20 días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, el Tribunal Arbitral en mayoría, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral

1.1 El Convenio Arbitral

Está contenido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato N° N° 0056-2015-SEDAPAL "Servicio de Consultoría para la Elaboración de los Estudios de Pre Inversión a Nivel Factibilidad de Proyecto Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de los A.H. Cerro El Agustino Frente 1 Distritos El Agustino" suscrito con fecha 7 de febrero de 2015.

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

El día 11 de julio de 2016, se instaló el Tribunal Arbitral conformado por el doctor **Pedro Coronado Labó**, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el doctor **Arturo Seminario Dapello**, en su calidad de árbitros, y el abogado **Rubén Rolando Cotaquispe Cabra**, en calidad de Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje PUCP (en adelante, EL CENTRO) con la asistencia del **CONSORCIO**, representado por Javier Guillermo Verastegui Maita, identificado con D.N.I. N° 09797596 y la abogada Gabryela Zuleyka Alaracon Arauco identificada con D.N.I. N° 45843399 con Registro C.A.L. N° 64577; y, de otro lado, **SEDAPAL**, representada por el abogado José Miguel Carrillo Cuestas, identificado con D.N.I. N° 09946703 y con Registro C.A.L. N° 34226.

II. Normatividad aplicable al arbitraje

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación las siguientes normas: el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO), la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, las directivas que emita el OSCE, el Decreto Legislativo N° 1071, así como las disposiciones pertinentes del Código Civil y demás disposiciones legales vigentes, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Décimo Quinta del Contrato.

III. De la Demanda Arbitral presentada por el CONSORCIO

Mediante escrito de fecha 9 DE AGOSTO de 2016, el demandante interpuso su demanda arbitral señalando las siguientes pretensiones autónomas y accesorias:

- 3.1 **Respecto de la Primera Pretensión Principal, el CONSORCIO solicita que** el Tribunal Arbitral declare no ha lugar a la imposición de penalidad por mora, comunicada mediante Carta N° 1243-2015-EGP-C en fecha 11 de noviembre de 2015 por el supuesto retraso en la presentación del Informe Final (Informe N° 4).
- 3.2 **Respecto de la Segunda Pretensión Principal, el CONSORCIO solicita que** el Tribunal Arbitral declare que se determine que el mayor plazo requerido para la presentación del Informe Final (Informe N° 4) no es atribuible al consultor.
- 3.3 **Respecto de la Tercera Pretensión Principal, el CONSORCIO solicita que** el Tribunal Arbitral reconozca los mayores gastos en los que incurrió el consultor, correspondientes al mayor plazo requerido para la presentación del Informe Final (Informe N° 4).
- 3.4 **Respecto de la Cuarta Pretensión Principal, el CONSORCIO solicita que** el Tribunal Arbitral declare no ha lugar a la imposición de penalidad por "otras penalidades" por el 10% del monto contractual, comunicada mediante Carta N° 1243-2015-EGP-C en fecha 11 de noviembre de 2015 por el supuesto retraso en el levantamiento de observaciones del Informe N° 2.
- 3.5 **Respecto de la Quinta Pretensión Principal el CONSORCIO solicita que** el Tribunal Arbitral determine que el mayor plazo requerido para la aprobación del Informe N° 2 no es atribuible al consultor.
- 3.6 **Respecto de la Sexta Pretensión Principal el CONSORCIO solicita que** el Tribunal Arbitral reconozca los mayores gastos en los que incurrió el Consultor, correspondientes al mayor plazo requerido para la aprobación del Informe N° 2.
- 3.7 **Respecto de la Séptima Pretensión Principal el CONSORCIO solicita que** el Tribunal Arbitral declare no ha lugar a la imposición de penalidad por "otras penalidades", comunicada mediante Carta N° 1243-2015-EGP-C en fecha 11 de noviembre de 2015 por el supuesto retraso en el levantamiento de observaciones del Informe N° 3.
- 3.8 **Respecto de la Octava Pretensión Principal el CONSORCIO solicita que** el Tribunal Arbitral determine que el mayor plazo requerido para la aprobación del Informe N° 3 no es atribuible al Consultor.

- 3.9 Respecto de la Novena Pretensión Principal el CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral reconozca los mayores gastos en los que incurrió el consultor, correspondientes al mayor plazo requerido para la aprobación del informe N° 3.
- 3.10 Respecto de la Décima Pretensión Principal el CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral reconozca los mayores costos directos e indirectos en los que incurrió el consultor producto de la presente controversia, siendo que esta ha sido generada por la propia entidad.
- 3.11 Respecto de la Décima Primera Pretensión Principal el CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral declare invalido la aplicación del punto N° 3 del Cuadro de "Otras Penalidades" contenido en el Contrato y términos de referencia, toda vez que es evidente que dicho supuesto constituye un supuesto de mora, resultando a consideración del Consorcio, arbitrario imponer una doble penalidad por el mismo hecho.
- 3.12 Respecto de la Décimo Segunda Pretensión Principal el CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral declare que no le es atribuible al Consorcio Agustino cualquier otro supuesto de atraso.
- 3.13 Respecto de la Décimo Tercera Pretensión el CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral declare que se reconozcan los intereses legales, mayores costos, lucro cesante y daño emergente y cualquier otro pago vinculado a la controversia, toda vez que esta ha sido generada por la propia Entidad.

IV. Antecedentes

- 4.1 Con fecha 25 de noviembre de 2014, se convoca al Concurso Público N° 0059-2014- SEDAPAL para el servicio de consultoría para la Elaboración del Estudio de Pre inversión a nivel de Factibilidad del proyecto "Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado en los A.H. Cerro El Agustino Frente 1 distrito El Agustino"; Otorgándose la buena pro el 20 de enero de 2015.
- 4.2 Posteriormente, el 02 de marzo de 2015 la Entidad y el Consulto suscriben el Contrato N° 0056-2015-SEDAPAL, el cual tiene un plazo de ejecución de 180 días.
- 4.3 Dentro de las obligaciones contractuales del Consultor, se encontraban el presentar 04 informes que sustentarían el Estudio, para lo cual, se les dio el siguiente cronograma:

INFORMES	CRONOGRAMA DE PRESENTACIÓN Y APROBACIÓN DE TAREAS (180 DÍAS CALENDARIOS)		
	PRESENTACION DE INFORMES	OBSERVACIONES DEL EGP-C	SUBSANACION POR PARTE DEL CONSULTOR
Nº 01	60	10	10
Nº 02	45	10	10
Nº 03	45	10	10
Nº 04	30	15	15
Total	180		

- 4.4 Conforme a lo señalado en el Cronograma de Actividades, el consultor empezó con la ejecución de las actividades el 13 de marzo de 2015. En mérito al inicio de la ejecución de tales actividades, por medio de la Carta N° 0599-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL, de fecha 23 de marzo de 2015, el consultor solicita a SEDAPAL información de Planos Actualizados de Redes Existentes de Agua Potable y Alcantarillado, con el fin de proseguir con la ejecución del contrato.
- 4.5 Ante dicho requerimiento SEDAPAL, mediante Carta N° 129-2015-ECRF de fecha 27 de marzo de 2015, remite los planos de las redes de agua y alcantarillado recibidas y administradas por SEDAPAL.
- 4.6 Mediante Carta N° 00977-15-C/CONSORCIO AGUSTINO CONSULTORES/SEDAPAL, el Consorcio se presenta el Primer Informe de Avance 1, el 11 de mayo de 2015, cuya conformidad se obtiene el 08 de julio de 2015.
- 4.7 Posteriormente, con fecha 25 de junio de 2015, mediante Carta N° 2206-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL, el Consultor presento el Informe N° 2, el cual tuvo las siguientes observaciones:

	FECHA DE PRESENTACION	FECHA DE OBSERVACION
INFORME N° 2	25/06/2015	06/07/2015
LEV. DE OBSERVACIONES 1	16/07/2015	03/08/2015

LEV. DE OBSERVACIONES 2	18/08/2015	01/09/2015
LEV. DE OBSERVACIONES 3	08/09/2015	01/10/2015
LEV. DE OBSERVACIONES 4	07/10/2015	22/10/2015

- 4.8 El 05 de agosto de 2015, se produce la reunión de coordinación entre la Entidad y el consultor, donde este último manifiesta tomar conocimiento de que el Colector Santa Anita tiene una línea de reforzamiento, lo cual implicaría posteriores problemas para la ejecución de sus prestaciones.
- 4.9 En vista de ello, mediante correo electrónico de fecha 05 de agosto de 2015, el consultor solicita a la Entidad información de Planos de Replanteo y Simulación Hidráulica del Reforzamiento del Colector Santa Anita, por cuanto en los planos brindados meses atrás, tal información no se encontraba.
- 4.10 Ante dicha solicitud, la Entidad remite mediante correo electrónico de fecha 05 de agosto de 2015 parte de la información solicitada, complementándola mediante Carta N° 784-2015-EGP-C, de fecha 06 de agosto de 2015, mediante la cual señala que no ubican la Simulación Hidráulica solicitada por el consultor.
- 4.11 Con fecha 10 de agosto del 2015, el Consultor cumple con presentar, mediante Carta N° 2364-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL, el Informe N° 3, el cual siguió el itinerario que se detalla a continuación:

	FECHA DE PRESENTACIÓN	FECHA DE OBSERVACION
INFORME N° 3	10/08/2015	20/08/2015
LEV. DE OBSERVACIONES 1	31/08/2015	11/09/2015
LEV. DE OBSERVACIONES 2	21/09/2015	07/10/2015
LEV. DE OBSERVACIONES 3	16/10/2015	06/11/2015

- 4.12 A propósito de los planos actualizados brindados por la Entidad, que conllevan nuevos trabajos, con fecha 14 de agosto de 2015 el Consultor, mediante Carta N° 2678-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL presenta su solicitud de ampliación de plazo por 90 días calendario.
- 4.13 La Entidad, mediante Carta N° 908-2015-EGP-C, con fecha 28 de agosto de 2015, comunica la denegatoria de su solicitud de ampliación de plazo.
- 4.14 El 08 de septiembre de 2015, mediante Carta N° 2857-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL, presento a la Entidad el Informe Final. Sin embargo, la mesa de partes de la Entidad se negó a recibir el mismo por temas administrativos no atribuibles a su representada.
- 4.15 En tal razón, en vista de la entrega frustrada de su Informe Final, se remitió correo a la persona encargada de la Entidad, a fin de ponerla en conocimiento, a consideración del Consultor, de la supuesta irregularidad suscitada. De forma posterior, al día siguiente, mediante Carta N° 2857-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL, el Consultor hizo entrega del Informe Final, el cual fue recibido por la entidad.
- 4.16 El 17 de septiembre de 2015, se presentó ante la Asociación Peruana de Conciliación y Arbitraje la invitación a conciliar a SEDAPAL, a fin de que se les otorgue la ampliación de plazo denegada así como que se les reconozca los mayores gastos en que estaban incurriendo. En vista de no arribar a un acuerdo, con fecha fecha 15 de octubre de 2015 se pone fin al proceso de Conciliación.
- 4.17 Mediante Carta N° 1243-2015-EGP-C, el 11 de noviembre de 2015, la Entidad informa al Consultor sobre la imposición de penalidad, contemplando el supuesto retraso injustificado de un día en la entrega del Informe Final, así como el supuesto retraso injustificado en la entrega del levamiento de observaciones de los Informes N° 2 y 3.
- 4.18 Ante ello, el Consultor presento el 27 de noviembre de 2015 su invitación a conciliar ante la Asociación Peruana de Conciliación y Arbitraje. Como respuesta, la

Entidad señalo que no tiene propuesta conciliatoria al considerar que la propuesta del Consultor no tiene sustento, por lo que con fecha 23 de diciembre de 2015, pide que se tenga por concluido el proceso de conciliación. Finalmente, se expide el Acta de Conciliación N° 019-2016, que determina que no se llegó a ningún acuerdo respecto a la controversia.

- 4.19 Habiendo cumplido con agotar la vía previa, con fecha 27 de enero de 2016, el Consultor presentó su Solicitud de Arbitraje ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos – PUCP, para poner fin a la controversia suscitada.

V. Fundamentos de Hecho y de Derecho

A.- Respecto a la penalidad impuesta por el supuesto retraso de un día en la entrega del Informe Final

- 5.1 Conforme a lo establecido en el Contrato, el Consorcio presentó oportunamente el Informe Final del Contrato en la fecha pactada, apersonándose para la entrega el día 08 de septiembre de 2015 al local de la Entidad. Sin embargo, se suscitaron dificultades administrativas en la Entidad, imposibilitándonos la respectiva entrega.

- 5.2 Conforme se aprecia en el correo enviado a SEDAPAL, se procuró hacer la entrega oportuna. Sin embargo, el personal presente de la Entidad señaló que, siendo que llegaron “con el tiempo justo” no se podía recibir documentación, toda vez que el Informe requería una revisión previa y que mientras se obtenía tal revisión, ya habría pasado la hora de recepción de documentos. Se adjunta el correo electrónico:

Presentación del Informe N° 4



RV Consult SAC <consultores.rv@gmail.com>

8 sept.

para Jakelin, rc@jag -

Estimada Ing. Jakelin mi personal se encuentra en las oficinas de Sedapal entregando el Informe N° 4 del Proyecto del Agustino Frente 1 y Frente 2, el cual no ha sido recibido por su persona ya que menciona que el personal a llegado con la hora justa y que mientras usted revise la información ya no lo van a recibir en mesa de partes principal que es al ingreso de Sedapal.

Esto se viene ocasionando a raíz de la orden de que ningún documento ya sea informe u otros se recibida en mesa de partes principal sino es previa aprobación y visto bueno de parte de usted, lo que viene ocasionando este tipo de inconvenientes ya que el personal llega antes de la hora a mesa de partes principal y mientras sacan su pase e ingresan hasta su oficina y revisa la documentación ya se pasa de la hora de recepción.

Cabe mencionar que en vista de la no recepción del Informe N° 4 por parte de Sedapal toda penalidad ocasionada no será asumida por mi representada.

Atte.

José A. Marquina Lozana
Representante Legal
Consorcio Agustino Consultores

5.3 El Consorcio señala que dicho procedimiento de "revisión" no había sido informado y, además, considera que es totalmente inesperado, puesto que lo habitual y generalizado es que los informes sean recibidos en mesa de partes, sin mayor inconveniente y que cualquier observación se remite posteriormente a través de una comunicación formal por parte de la Entidad.

5.4 Ante lo descrito, el Consorcio procedió a hacer la entrega del Informe Final el 09 de septiembre de 2015. Sin embargo, mediante Carta N° 1243-2015-EGP-C emitida 11 de noviembre de 2015, la Entidad notifica la Aplicación de Penalidad, en la cual identifica, entre otros, el retraso de un día en la entrega del Informe Final, por lo cual aplica una penalidad de S/. 3,028.56 (tres mil veinte soles con cincuenta y seis céntimos). Para el Consorcio, es claro que la Entidad ha incurrido en una errónea interpretación del artículo correspondiente a la imposición de penalidad por mora. Así, el artículo correspondiente del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala:

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 (...)

5.5 Como se aprecia del artículo previamente señalado, para la imposición de penalidad por mora, el Consorcio señala que es requisito que exista un retraso y que éste sea injustificado, es decir, que, para imponer penalidad, es necesario que el retraso haya sido por causa atribuible al Contratista. Evidentemente, no se puede imponer una penalidad por un retraso que no le sea atribuible y que, por el contrario, haya sido por culpa de la contraparte.

5.6 En esa misma línea, la Opinión N° 098-2011/DTN, señala al respecto:

"(...) El retraso sería justificado en tanto el incumplimiento del contratista se deba a causas ajenas a su voluntad; es decir, que se presupone que el contratista observó el "deber de diligencia contractual" y, pese a ello, existieron causas (hechos o situaciones) que determinaron que este incumpla el plazo o plazos pactados en el contrato."

5.7 En el mismo sentido opina el Código Civil, que señala:

Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

5.8 Aunado a ello, el Consorcio considera aplicable la normativa de las Contrataciones del Estado, relativa a que la recepción es responsabilidad de la Entidad. Así, el artículo respectivo del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 176° - Recepción y conformidad

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

5.9 Por tanto, el Consorcio manifiesta que ninguna interpretación podría llevar a la conclusión de que, por un retraso no imputable al consultor se pueda imponer la penalidad por mora, peor aún si el propio retraso se origina en la negativa de la Entidad a recibir el informe final.

B. Respecto a la penalidad impuesta por el supuesto retraso en el levantamiento de observaciones del Informe N° 2

5.10 El 23 de marzo de 2015, se solicitó a la Entidad mediante Carta N° 0599-15/Consorcio Agustino/SEDAPAL, los planos actualizados de las redes existentes de

agua potable y alcantarillado que se encontraban en el área del estudio, a fin de poder desarrollar adecuadamente el objeto del contrato.

- 5.11 Con fecha 25 de junio de 2015, mediante Carta N° 2206-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL, se hizo entrega del Informe N° 2, el cual se encontraba dentro del plazo pactado en las Bases.
- 5.12 Respecto a tal entrega, la Entidad emitió observaciones el 06 de julio de 2015, con Carta N° 669-2015-EGP-C; el Consortio refiere que dentro del plazo establecido en las Bases, se cumplió con el Levantamiento de Observaciones (N°1).
- 5.13 Respecto al referido Levantamiento de Observaciones (N° 1), la Entidad vuelve a emitir observaciones mediante Carta N° 775-2015-EGP-C de fecha 03 de agosto de 2015. El Consortio manifiesta que, si bien las Bases contemplaban 10 días de plazo para que la Entidad emita sus respectivas observaciones, esta vez demoró 18 días en emitir las, alterando así el correcto devenir del programa contractual.
- 5.14 El 05 de agosto de 2015, se produce la reunión en la cual el Consortio toma conocimiento de que el Colector Santa Anita tiene una línea de reforzamiento, lo cual complicaba, a su consideración, la ruta crítica de su trabajo, puesto que ello significaba que dicho colector no podía ser utilizado. Esto discrepaba sustancialmente con los Planos que inicialmente obtuvo de la Entidad.
- 5.15 Es preciso señalar que al Colector Santa Anita se le consideraba como una alternativa de solución para la descarga de aguas residuales en el estudio de perfil, del cual se basó el Consortio para hacer su estudio de factibilidad, por lo cual todos sus informes presentados previamente y aprobados por la Entidad ya tenían previsto como punto de descarga dicho colector, por lo que al advertir que ya no se podrá utilizar, cambiaba toda nuestra perspectiva del estudio, como detallaremos a continuación.
- 5.16 Conocido el referido hecho, se remitió mediante correo electrónico el día 05 de agosto de 2015 a SEDAPAL, requiriendo el envío Planos de Replanteo y Simulación Hidráulica del Reforzamiento del Colector Santa Anita. Ante dicha solicitud, la Entidad hace entrega incompleta de la información requerida, señalando mediante Carta N°

784-2015-EGP-C, de 06 de agosto de 2015, que no ubicaban la Simulación Hidráulica del Colector.

- 5.17 Haciendo la revisión respectiva los representantes del Consorcio toman conocimiento que han estado trabajando en base a información errónea durante toda la preparación de los Informes de Avance N° 2 y 3.
- 5.18 El 10 de agosto de 2015, a fin de cumplir con el Cronograma pactado, el Consorcio hace entrega del Informe de Avance N° 3, mediante Carta N° 2364-15/Consorcio Agustino Consultores/SEDAPAL.
- 5.19 A consideración del Consorcio, la Entidad les había proveído de un estudio de perfil desactualizado, que data de marzo del 2013 y que proponía en su Alternativa Solución que el descargo se realizara por medio del Colector Santa Anita, sin tomar en cuenta que en agosto de 2013 se había ejecutado el reforzamiento del Colector Santa Anita, anulándolo para objeto del estudio. Pese a que la Entidad tenía esta información, es por descuido y negligencia que la proporciona a buen tiempo.
- 5.20 Habiendo tomando conocimiento de la referida contradicción de información en cuanto al Colector Santa Anita, y teniendo que plantear una nueva solución sobre la base de la información recientemente proporcionada por la Entidad, se procedió a solicitar una ampliación de plazo de 90 días, mediante Carta N° 2678-15/Consorcio Agustino Consultores/SEDAPAL, el 14 de agosto de 2015, solicitando además el reconocimiento de los mayores gastos en los que se incurriría, puesto que el inevitable retraso y mayores trabajos, a su consideración, no eran de su responsabilidad.
- 5.21 Sin embargo, mediante Carta N° 908-2015-EGP-C con fecha 28 de agosto de 2015, se les niega la ampliación de plazo; manifestando la Entidad que las Bases señalaban que la información que podía proporcionar esta última, al consultor era meramente referencial. Además de ello, la Entidad señala que tal retraso ha sido causado por el mismo Consorcio.

5.22 El Consorcio precisa que la información proporcionada no solo no cumplía con ser referencial, ya que los desviaba de la solución adecuada, sino que además era obsoleta e inducía al error. Cabe precisar que esta información errónea tenía su origen desde los TDR.

Fuente: Términos de Referencia

Descripción del sistema de alcantarillado

De acuerdo a la topografía de la zona de estudio se han identificado una sola área de drenaje según el drenaje natural del terreno y seis sub-áreas de drenaje por la cartografía, los cuales descargarán sus caudales de contribución en los buzones de redes secundarias.

La topografía del terreno permite que todos los desagües sean descargados por gravedad, siendo las redes de concreto simple normalizado y de PVC las mismas que tienen una antigüedad promedio de 25 años, generando atoros continuos y roturas, ocasionando el reclamo de nuestros clientes, los diámetros de las redes varían desde 150 mm hasta 400 mm terminan desembocando sus desagües en el colector Santa Anita de 450 mm y 750 mm. A continuación se muestra un cuadro con el metrado de las redes de alcantarillado existentes en el área de estudio.

A.H. CERRO INDEPENDIENTE	
Descripción	Longitud (m.)
TUBERIA CSN 200mm	504.94
TUBERIA CSN 250mm	137.94
TUBERIA CSN 300mm	38.10
TUBERIA PVC 250mm	53.45
TUBERIA PVC 150mm	90.16
TOTAL	824.59

P.J. SANTA ISABEL	
TUBERIA PVC 200mm	104.84
TUBERIA CSN 200mm	159.98
TUBERIA CSN 250mm	86.48
TUBERIA PVC 150mm	546.93
TOTAL	898.23

A.H. CERRO EL AGUSTINO	
Descripción	Longitud (m.)
TUBERIA PVC 200mm	79.29
TUBERIA CSN 200mm	380.37
TUBERIA CSN 250mm	26.66

A.H. SAN PEDRO DE ATE	
Descripción	Longitud (m.)
TUBERIA PVC 200mm	28.66
TUBERIA CSN 200mm	608.08
TUBERIA CSN 250mm	13.54
TUBERIA PVC 150mm	9.76
TUBERIA CSN 450mm	34.12
TOTAL	694.16

A.H. SANTA CLARA DE BELLA LUZ	
Descripción	Longitud (m.)
TUBERIA PVC 200mm	9.36
TUBERIA CSN 200mm	234.28
TUBERIA PVC 150mm	11.14
TUBERIA FV 600mm	78.82
TOTAL	333.6

A.H. MARGINAL SAN PEDRO	
Descripción	Longitud (m.)
TUBERIA CSN	220.70

5.23 El Consorcio manifiesta que uno de los requisitos para poder realizar un estudio es que la Entidad otorgue de manera oportuna y completa la información requerida.

5.24 Lo mismo se puede verificar en el Banco de Proyectos del SNIP, donde la Alternativa de Proyecto tenía al Colector Santa Anita como el indicado para la descarga.

Análisis de la demanda y oferta

Tramo	Longitud	IMO	Costo por tramo
-------	----------	-----	-----------------

ALTERNATIVAS DEL PROYECTO DE INVERSIÓN PÚBLICA
(Las tres mejores alternativas)

Descripciones:

(La primera alternativa es la recomendada)

Alternativa 1 (Recomendada)	Sistema de Agua Potable: Abastecimiento de la línea proveniente de la Planta de la Atarjea, por medio de la Derivación mejorada de DN 300mm por gravedad hasta la cisterna proyectada CP-01 (V=450 m ³), desde donde se mejorará la línea de impulsión a DN 250mm HD hasta llegar al reservorio de bombeo RRP-01 (V=600 m ³). Del RRP-01 sale la línea de impulsión mejorada de DN 200mm HD hasta la cámara de bombeo CR-129 (V=948m ³) y de ésta a través de la línea de impulsión a mejorar de DN 100mm HD se abastecerá al reservorio proyectado RAP-01 (V=100 m ³). El reservorio existente R-150 (V=140m ³), será demolido y se construirá el reservorio apoyado RAP-02 de V=250m ³ en el mismo lugar. Este reservorio será abastecido por medio de una línea de conducción de DN 100mm HD que parte del reservorio proyectado RAP-01. Sistema de Alcantarillado: La recolección de los desagües producidos en el área de estudio será por medio de las redes secundarias del El Agustino, las cuales descargan en el colector Santa Anita, al colector de DN 300 CSN, el cual tiene capacidad para recolectar los desagües del área en estudio.
Alternativa 2	-
Alternativa 3	-

Fuente: Banco de Proyectos SNIP – Código SNIP 167171

5.25 Por lo expuesto, los trabajos a realizarse requerirían de un mayor tiempo de ejecución, todo ello por la negligencia atribuible únicamente a la Entidad. Es en vista de ello que el Consorcio efectúa su solicitud de ampliación de plazo, que como ya se ha señalado fue rechazada por la Entidad.

C.- Respecto a las penalidades por demora en el levantamiento de observaciones del Informe N° 3

5.26 El Consorcio precisa que la inexactitud de la información brindada por SEDAPAL, no solo afectó el correcto desarrollo respectivo de la preparación del Informe N° 2, sino que significó además que el Informe N° 3 se vea truncado, puesto que el cambio de la Alternativa Solución planteado en Bases y en el Perfil del proyecto inmovilizaba varias de las especialidades solicitadas para este informe, tales como Electromecánica, Automatización y Estructuras, que no podían seguir desarrollándose hasta que se determinara el reemplazo del Colector Santa Anita.

5.27 Asimismo, resalta la actuación de la Entidad por hacer observaciones que no correspondían al Informe N° 3. A consideración del Consorcio o bien se trata de observaciones anticipadas (por ser sobre ítems que correspondían al Informe N° 4), u observaciones extemporáneas (por ser sobre aspectos ya concluidos en el Informe N° 2).

5.28 Así, por ejemplo, el Consorcio señala que había observaciones referidas a Costos (Presupuesto) y Evaluación Económica, que correspondían al Informe N° 4, por lo que

la Entidad estaría requiriendo prestaciones antes de tiempo. Evidentemente, por no ser el momento oportuno para realizar dichos trabajos, el Consorcio señala que no pudo ejecutarlos en el tiempo que la Entidad inapropiadamente requería.

5.29 En adición a ello, existieron observaciones referidas a especialidades tales como Mecánica de Suelos, cuando dicha especialidad ya había quedado superada en el Informe N° 2. Es decir, los TdR contenían errores tales obligaban al Consorcio a volver a revisar aquello que ya había sido aprobado previamente.

5.30 Dicha circunstancia la hicieron saber oportunamente a la Entidad, mediante carta N° 3665-15/Consorcio Agustino Consultores/SEDAPAL del 10 de diciembre de 2015 en la que señalaron que los especialistas (internos y/o externos) de SEPADAL estaban dificultando el trabajo, planteando observaciones que no correspondían con el desarrollo ni con la secuencia técnica del servicio, hecho que había suscitado la demora sustancial en la aprobación de los Informes N° 2 y 3 e, inevitablemente, conllevaban a la demora en la entrega del Informe Final.

5.31 Aun así, con la finalidad de completar el Informe (incluyendo los ítems que no correspondían) el Consorcio realizó tales trabajos, obteniendo posteriormente la conformidad del mismo, aunque con el evidente retraso producto de realizar trabajos que no se tenía previsto para ese momento.

5.32 Con Carta N° 770-16-EGP-C, SEDAPAL da conformidad al informe 3. Es en base a lo expuesto que el Consorcio solicita al Tribunal Arbitral determine que las demoras ocurridas en el desarrollo y aprobación del Informe N° 3 no le son atribuibles y, por el contrario, tuvo que lidiar con serias dificultades, a su consideración, puestas por la Entidad para lograr la meta del Contrato.

D. Sobre la invalidez del punto N° 3 del cuadro de “otras penalidades” por ser una penalidad por mora encubierta.

5.33 Según manifiesta el Consorcio no les correspondería la aplicación de penalidad por mora, puesto que los retrasos ocurridos no le son imputables, toda vez que estos

se debieron, a consideración del Consorcio, a la falta de diligencia debida de la Entidad en brindarles información oportuna o a realizar observaciones fuera del momento en que estas debían realizarse.

- 5.44 Aunado a ello, se encuentra el hecho de que aparentemente la Entidad habría mal utilizado la potestad que le da la normativa de consignar en las Bases, penalidades diferentes a la penalidad por mora. Así pues, en el artículo N° 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se señala:

Artículo 166°. Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente [penalidad por mora], 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.

- 5.45 Así, en la página 77 de los Términos de Referencia, se indica lo siguiente:

1. PENALIDADES POR ATRASO O POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

El CONSULTOR se hará acreedor a la penalidad diaria prevista en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado por "mora en la ejecución de la prestación". De acuerdo al **Artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**, la Entidad le aplicará al CONSULTOR una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual. Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el Contrato por incumplimiento según el Artículo 167 del Reglamento.

Asimismo, en base a lo establecido en **el Art. 166 del reglamento de la Ley de Contrataciones** se aplicarán las siguientes penalidades:

Cuadro de Penalidades

N°	INFRACCIÓN	UNIDAD	UIT
1	No cumple con la participación del personal profesional planteado en la propuesta técnica según el cronograma y tiempo de participación.	Por día, persona y ocurrencia	0.60
2	No cumple con la disposición de una oficina equipada, el uso de materiales y equipos (vehículo, medio de comunicación,	Por día y ocurrencia	0.40

	teodolito, etc.) establecidos en los Términos de Referencia.		
3	No cumple con la subsanación de Observaciones en el plazo establecido, registradas en el cuaderno de proyectos/ intervención social, Actas de reunión y/o cartas remitidas.	Por día y ocurrencia	0.90
4	No presentan los informes de avance y final completos en los plazos establecidos y según lo exigido en la presentación de tareas de los términos de referencia.	Por día y ocurrencia	0.90
5	No cumple con la responsabilidad de los pagos correspondiente al salario u honorarios del personal y/o profesionales, incluyendo los beneficios sociales de acuerdo a Ley.	Por ocurrencia	0.60
6	El personal profesional del Consultor no asiste a las reuniones convocadas por SEDAPAL y confirmadas por el Consultor.	Por día, persona y ocurrencia	0.60
7	No cumple con lo estipulado en la Ley y Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo.	Por ocurrencia	0.60

Adicional a las Penalidades por mora en la ejecución de la prestación del servicio, referida al retraso injustificado en la realización de la consultoría, en concordancia con el Art. 166 del Reglamento de la ley de contrataciones y Adquisiciones del Estado, el incumplimiento de los requerimientos detallados en los presentes Términos de Referencia será penalizado económicamente de acuerdo al Procedimiento: GPOPR054 "Aplicación de penalidades a los contratos de consultoría y obras"

5.45 En el ítem 3 de la tabla citada, el Consorcio manifiesta que se está ante una clara reiteración de penalidad por mora, puesta como "otra penalidad". Es decir, "*el no cumplir con la subsanación de Observaciones en el plazo establecido*" es exactamente lo mismo que incurrir en demora en la subsanación de Observaciones, hecho que ya estaría contemplado en la penalidad por mora.

5.46 Este doble señalamiento de dos penalidades distintas por un mismo supuesto contradice el principio *non bis in ídem*, consagrado en la normativa administrativa, así como en el derecho sancionador en general. La Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, señala al respecto:

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

10. Non bis in idem. No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

5.47 En esa misma línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el principio *non bis in idem*, en sentencia recaída en **EXP. N° 1670-2003-AA/TC**:

Desde el punto de vista material, el enunciado según el cual, "(...) nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho (...)", expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

5.48 El OSCE también ha emitido Opinión respecto a la finalidad de las denominadas "otras penalidades" que, no deberían ser redundantes respecto a la penalidad por mora:

Opinión 027-2010/DTN

La penalidad por mora, en términos generales, se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío, siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor.

Es la propia Entidad quien determina en las Bases y en el contrato cuáles son las penalidades distintas a la penalidad por mora aludidas en el artículo 166° del Reglamento, que buscan disuadir al contratista para no incumplir determinadas obligaciones distintas al cumplimiento oportuno de la prestación.

5.49 El Consorcio señala que es precisamente esta penalidad por mora camuflada la que la Entidad impone, por la supuesta demora en la entrega de los Informes N° 2 y 3. Es decir, la empresa sanciona al Consorcio en base a penalidades que, en primer lugar, nunca debieron estar puestas en el contrato, porque vulneran palpablemente la normativa de contrataciones del Estado.

"Se considera cero (0) días computados, ya que los documentos fueron presentados dentro del plazo establecido en el ítem "18. De la Revisión de los Informes y Absolución de Observaciones" de los Términos de Referencia.

De los días de infracción computados se ha determinado que, el monto de penalidad por Infracción N° 3 asciende a S/. 162,855.00. Sin embargo, de conformidad a lo señalado en el Art. 166° "Otras Penalidades", del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el monto de la penalidad máxima no debe excederse el 10% del monto del contrato. Por lo tanto, el monto de la aplicación de la penalidad por otras penalidades asciende a S/. 141,677.78.

Fuente: Carta N° 1243-2015-EGP-C – Imposición de Penalidad

- 5.50 Por ello, solicitan que el Tribunal Arbitral determine que la penalidad por No cumplir con la subsanación de Observaciones en el plazo establecido (Punto N° 03 del Cuadro de otras penalidades), que en el fondo constituye una penalidad por mora, no debería haber sido incluida en las Bases como tal, ya que contraviene principios sancionadores, constitucionales y administrativos.

VI. De la Contestación a la Demanda Arbitral presentada por SEDAPAL

Mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2017, el demandado contesta la demanda, señalando lo siguiente:

- 6.1 **Respecto del Contrato de consultoría suscrito con el CONSORCIO, SEDAPAL** refiere que es cierto que dicho contrato N° 056-2015- SEDAPAL se firmó, siendo la fecha de inicio de la ejecución del contrato el 13 de marzo de 2015 y su término el 08 de setiembre de 2015. En ese sentido, conforme a lo indicado en los términos de referencia y el Contrato, El Consorcio debía presentar los informes N° 01, N° 02, N° 03 y N° 04, cuyo fin era sustentar el estudio objeto del Contrato.
- 6.2 En esa línea, se refiere que estaba establecido en las bases y en el Contrato, que la no presentación de los informes dentro del plazo previsto daría origen a la aplicación de la penalidad que en dichos documentos se precisan.
- 6.3 Sobre la penalidad impuesta por el retraso en la entrega del informe final, SEDAPAL indica que cuenta con una Mesa de Partes para la recepción de toda la documentación externa que se dirija a la misma, cuyo horario de atención es de

8:15am a 4:30pm, lo cual era de pleno conocimiento del **Consorcio**. Así, el Consorcio llegó fuera de la hora de atención motivo por el cual no pudo ingresar el documento dentro de la fecha establecida.

- 6.4 En tal medida, refieren que dado que era obligación del Consorcio tomar las medidas del caso a fin de cumplir con los plazos establecidos en el contrato, se evidencia su falta de diligencia, cuyas consecuencias -inconcebiblemente-, pretende atribuir a SEDAPAL. Asimismo, señalan que **SEDAPAL** (como en toda entidad) revisa, a la recepción de algún documento, que lo indicado en el contenido de los documentos que se adjuntan realmente se acompañan, precisando la cantidad de documentos que se adjuntan, pero en ningún caso se verifica si el contenido de los mismos.
- 6.5 Sin perjuicio de ello, expresan que debe dejarse establecido que la aplicación de penalidad correspondiente al artículo 165° "Penalidad por mora en la ejecución de la prestación", no sólo se debe a la causal de presentación fuera de plazo, sino también a la no subsanación de las observaciones formuladas al Informe Final (Informe N° 4), como se describió en el Informe N° 152-2016-EGP-C/JEM de fecha 19 de febrero de 2016, y notificado mediante Carta N° 277-2016-EGP-C, de la misma fecha. Así, el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

"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 y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = 0.10 \times \text{Monto}$$

$$F \times \text{Plazo en días}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.b.2) Para obras: $F = 0.15$.

- 6.6 Al respecto, adjuntan el cuadro resumen del cómputo de días de penalidad con el cual se realizó el Cálculo de Penalidad en el Informe N° 153-2016-EGP-C/JEM de fecha 19 de febrero de 2016, asimismo precisan que en dicho cuadro sólo se contabilizó los días que demora el Consultor en remitir la subsanación de las observaciones sin contar el tiempo que se tomó a la inspección en la revisión de las mismas:

Cuadro Resumen del Cómputo de Días de Penalidad

Presentación	Presentación del Consultor		Respuesta de SEDAPAL		Días Computados
	Documento	Fecha	Documento	Fecha	
Informe Final (Informe N° 4)	Carta N° 2857-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL	09.09.2015	Carta N° 1037-2015-EGP-C	24.09.2015	1*
Primer Lev. Obs. Inf. Final	Carta N° 3141-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL	12.10.2015	Carta N° 1178-2015-EGP-C	26.10.2015	0**
Segundo Lev. Obs. Inf. Final	Carta N° 3509-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL	19.11.2015	Carta N° 1491-2015-EGP-C	30.12.2015	24
Tercer Lev. Obs. Inf. Final	Carta N° 060-16/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL	15.01.2016	Carta N° 185-2016-EGP-C	05.02.2016	16
	A espera de respuesta.	16.02.2016			11
				Total	52

*Días computados por presentaciones fuera del plazo establecido en el ítem "18. De la Revisión de los Informes y Absolución de Observaciones" de los Términos de Referencia.

**Se considera cero "0" días computados, ya que el documento fue presentado dentro del plazo establecido en el ítem "18. De la Revisión de los Informes y Absolución de Observaciones" de los Términos de Referencia.

- 6.7 Sobre la base de ello, manifiestan que en Inspector del Estudio, determinó el cálculo de penalidad, correspondiente de la siguiente manera:

Penalidad	Penalidad Diaria	Informe	Días Computados	Multa
penalidad por mora en la ejecución de la prestación	S/. 3,020.56	Informe Final Informe N° 4)	52	S/. 157,069.08
				S/. 157,069.08

Fuente: Informe N° 152-2016-EGP-C/JEM de fecha 19.02.2016

- 6.8 En ese sentido, citan lo referido en el informe antes indicado, que expresa lo siguiente:

"Por lo que, el monto de penalidad por mora en la ejecución de la prestación asciende a S/. 157,069.08. Sin embargo, de conformidad a lo señalado en el Art. 165° "Penalidad por mora en la ejecución de la prestación", del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, el monto de la penalidad máxima no debe excederse el 10% del monto del contrato. Por ello, sólo puede aplicarse el 10% del monto contractual. Por lo tanto, el monto de la aplicación de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación asciende a S/. 135, 925.16"

- 6.9 Finalmente, agregan que tanto el cálculo de los días computados de penalidad así como el monto de penalidad fueron estimados a la fecha 16 de febrero de 2016, asimismo **EL Consorcio** mediante Carta N° 1015-16/Consorcio Agustino Consultores/SEDAPAL de fecha 05 de julio de 2016, presentó su Quinto Levantamiento de Observaciones del Informe Final (Informe N° 4) el cual recién obtiene la conformidad por parte de **SEDAPAL**, mediante Carta N° 972-2016-EGP-C, de fecha 02 de agosto de 2016; sin embargo hasta la fecha no se ha obtenido la viabilidad del Estudio producto de las observaciones formuladas por OPI FONAFE al Informe Final.

- 6.10 Respecto a la penalidad impuesta por el retraso en el levantamiento de observaciones del Informe N° 2, expresan que rechazan los argumentos, manifestando lo siguiente:
- 6.11 Sobre lo indicado en el numeral 14 de los fundamentos de hecho y derecho, expresan que es cierto que el Consorcio mediante carta N° 0599-15/ConsortioAgustinoConsultores/SEDAPAL de fecha 23 de marzo de 2015, solicitó los Planos Actualizados de Redes Existentes de Agua Potable y Alcantarillado, dicha solicitud es atendida por el Equipo Control y Reducción de Fugas, mediante Carta N° 129-2015-ECRF de fecha 27 de marzo de 2015, con la cual se entregaron los planos de las redes existentes. Así refieren que en dicha carta se indicó lo siguiente: **"(...) nuestros planos son referenciales; razón por la cual, deberán ser verificadas por su representada. (...)".** (subrayado y negrita añadido).
- 6.12 Al respecto, manifiestan que ello es concordante con los términos de referencia ítem "6. Información Proporcionada al Consultor", que a la letra dice:
- "(...) La información relacionada a planos de redes existentes que se le proporcionará al CONSULTOR será referencial, por lo que deberá desarrollar la topografía y levantamiento de campo necesario para el desarrollo de sus diseños (...)" (Subrayado y negrita añadido).
- 6.13 En esa línea, aseveran que era obligación del **CONSORCIO** validar la información relacionada a planos de redes existentes en campo, dado que la misma era referencial, conforme lo establece los términos de referencia.
- 6.14 Ahora, con relación a lo indicado en el numeral 18 de la demanda, refieren que los Términos de Referencia, en el ítem "18. De la Revisión de los informes y absolución de observaciones", estipula el cronograma de presentación de los Informes, informe de avance e informe final, donde se sobreentiende que las presentaciones de los informes de avance deben de contener todos los entregables indicados en el ítem "15. Informes de Desarrollo del Estudio", y que el contenido de ellos no debería ser observado; sin embargo, en caso que producto de la revisión del Informe la inspección encuentre observaciones, se ha considerado un plazo determinado para la subsanación de las mismas, que a la letra dice:

"En el caso que los Informes de subsanación de observaciones del CONSULTOR, fuera nuevamente observado por la inspección, éste tendrá el plazo estipulado para la revisión del Informe de subsanación de observaciones de acuerdo al siguiente cuadro:

INFORMES	CRONOGRAMA DE PRESENTACIÓN Y APROBACIÓN DE TAREAS (180 DÍAS CALENDARIOS)		
	PRESENTACION DE INFORMES	OBSERVACIONES DEL EGP-C	SUBSANACION POR PARTE DEL CONSULTOR
Nº 01	60	10	10
Nº 02	45	10	10
Nº 03	45	10	10
Nº 04	30	15	15
Total	180		

6.15 Asimismo, citan a continuación la muestra de los plazos límites en la entrega y/o devolución de Informes:

Nº 01	60 días	10	10	
Nº 02		45 días	10	10
Nº 03			45 días	10 10
Nº 04				30 15 15
Total	180 días calendario			

Nota 1:

- 1) Los plazos están establecidos en días calendario.
- 2) El plazo de duración es de 180 días calendario, el cual considera todos los recursos necesarios para dar total cumplimiento al servicio correctamente.
- 3) El Consultor tendrá 15 días calendario para levantar las Observaciones de las Unidades Evaluadoras (EPFPI y OPI FONAFE) hasta su aprobación y/o viabilidad.
- 4) Las subsanaciones de observaciones posteriores al plazo estipulado como "SUBSANACION POR PARTE DEL CONSULTOR" serán pasibles de la penalidad según el ítem "3" del "cuadro de penalidades"

5) En el caso de que la Inspección ó SEDAPAL no entregara el Informe de observaciones en el plazo estipulado, no significa que se otorgue la Conformidad del Servicio, agregando además que no será causal de reclamaciones por parte del consultor para solicitar ampliaciones de plazo.

Nota 2:

Los días de revisión y observaciones del Inspector y de levantamiento de observaciones por parte del Consultor de los informes 1, 2 y 3 son de 10 y 10 días calendario respectivamente, los que no se contabilizan dentro del plazo, debiendo realizarse en forma paralela con la siguiente tarea.

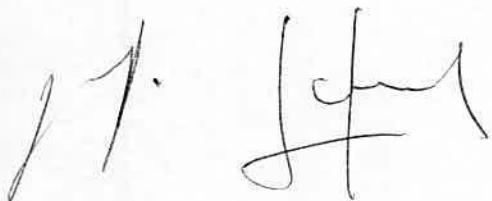
Los días de revisión y observaciones del Inspector y de levantamiento de observaciones por parte del Consultor del Informe 4 es de 15 y 15 días calendario respectivamente, los que no se contabilizan dentro del plazo (...) (subrayado y negrita añadidos).

6.16 Al respecto, expresan que aun cuando la inspección se hubiera demorado en la remisión de observaciones persistentes producto de la revisión del Primer Levantamiento de observaciones, ello no altera el cronograma de presentación de los informes posteriores a este, teniendo en cuenta: “Los días de revisión y observaciones del Inspector y de levantamiento de observaciones por parte del Consultor de los informes 1, 2 y 3 son de 10 y 10 días calendario respectivamente, los que no se contabilizan dentro del plazo, debiendo realizarse en forma paralela con la siguiente tarea.”.

6.17 Adicionalmente a ello, citan la “Nota 1”, que refiere:

“5) En el caso de que la Inspección ó SEDAPAL no entregara el Informe de observaciones en el plazo estipulado, no significa que se otorgue la Conformidad del Servicio, agregando además que no será causal de reclamaciones por parte del consultor para solicitar ampliaciones de plazo.”

6.18 Del mismo modo, afirman que lo indicado precedentemente no exime la responsabilidad de levantamiento de observaciones incompletas por parte del Consorcio, y es concordante con la “Nota 1”, que a la letra dice: “4) Las subsanaciones de observaciones posteriores al plazo estipulado como “SUBSANACION POR PARTE DEL CONSULTOR” serán pasibles de la penalidad según el ítem “3” del “cuadro de penalidades”. Asimismo, toda subsanación de observaciones debe realizarse de manera correcta y completa al 100%, por lo que no debería de darse observaciones persistentes o reiterativas, caso contrario llevaría a una distorsión completa del cronograma de actividades.



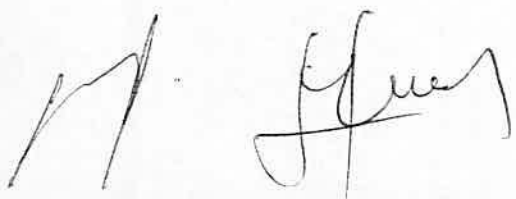
- 6.19 Asimismo, teniendo en cuenta el principio de equidad, precisan que para la estimación del monto de penalidad no se contabilizó los días que le toma **SEDAPAL** la revisión de las observaciones, sino sólo se contabilizó los días que demora el Consultor en remitir la subsanación de las observaciones. Por lo que, haciendo un interpretación de lo indicado *"En el caso que los Informes de subsanación de observaciones del CONSULTOR, fuera nuevamente observado por la inspección (...)"* sólo es aplicable por única vez posterior a la presentación del Primer Levantamiento de Observaciones, en ese sentido, a partir del segundo levantamiento de observaciones **SEDAPAL** no cuenta con plazo para remitir las observaciones persistentes, no subsanadas.
- 6.20 Ahora, sobre lo indicado en los numerales 19 al 33 de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, el Consorcio reitera que la información proporcionada por **SEDAPAL** es referencial y que forma parte de su obligación contractual el corroborar y verificar la información proporcionada por **SEDAPAL**, como se indica en los siguientes ítems de los Términos de Referencia:
- Ítem 6 Información Proporcionada al Consultor, cuarto párrafo, a la letra dice: *"(...) La información relacionada a planos de redes existentes que se le proporcionará al CONSULTOR será referencial, por lo que deberá desarrollar la topografía y levantamiento de campo necesario para el desarrollo de sus diseños."* (subrayado y negrita es nuestro).
 - Ítem 7 requerimientos y consideraciones técnicas para el desarrollo del estudio de pre inversión, tercer párrafo, a la letra dice: *"En el estudio de factibilidad, se profundizará el análisis técnico y consolidación de la alternativa seleccionada en el perfil o la segunda en el orden de jerarquización, en base a los trabajos e investigaciones de campo (topografía, estudio de mecánica de suelos, disponibilidad de los terrenos para la infraestructura rehabilitada y/o mejorada y/o proyectada, sitios y evidencias arqueológicas, informe hidrogeológico, diagnóstico de impacto ambiental y los demás estudios que sean necesarios, según lo especificado en estos Términos y en los Anexos a fin de desarrollar el anteproyecto de ingeniería de la alternativa seleccionada y consolidación en esta etapa."* (subrayado y negrita es nuestro).
 - Ítem 9 Alternativa de Solución del PIP, octavo párrafo, a la letra dice: *"Para la alternativa de disposición final de los desagües, el Consultor debe evaluar, calcular y definir la capacidad de los colectores a los que se proyecta evacuar, deberá verificar si existen otros proyectos en la zona que podrían interferir con éste. La verificación y evaluación de los colectores deberá ser con tecnología moderna y la más adecuada, deberá considerar los planteamientos, opiniones y coordinaciones con el Equipo Recolección Primaria de la Gerencia de Recolección y Disposición Final, incluyendo las conformidades de descarga a dichos colectores existentes."* (subrayado y negrita es nuestro).

- Ítem 10 Alcances del Servicio, a la letra dice:
 - "(...) Se deberá evaluar el sistema de agua potable y alcantarillado existente, a fin de determinar las obras de mejoramiento y/o ampliación a ejecutar para lograr un servicio óptimo. (...)".
 - "(...) El Consultor será responsable de garantizar y justificar la fuente de Agua Potable y la Factibilidad de descarga de los desagües para toda el área de influencia del proyecto. (...) (subrayado y negrita es nuestro).
 - "(...) El Consultor deberá calcular y analizar la demanda total de Alcantarillado, así como las demandas por áreas de drenaje. (...)".
 - "(...) El Consultor deberá evaluar el estado, capacidad y operatividad del colector Santa Anita y/o los colectores a los cuales se proyectan evacuar. El Consultor será responsable del punto de descarga y disposición final. (...)".
- Ítem 10.8 Diseño Hidráulico, a la letra dice: "(...) Desarrollar el Modelamiento Hidráulico considerando la información que se obtenga de los estudios desarrollados vinculantes al presente servicio, en donde se deberá identificar los colectores principales y sus contribuyentes, las áreas de drenaje, y su efecto aguas arriba y aguas abajo del área de estudio. El Consultor, de ser necesario, deberá verificar y calibrar este modelamiento con aforos efectuados por el propio Consultor. (...)".

6.21 Así las cosas, precisan que al tratarse del punto de descarga del área de drenaje del proyecto, el Consorcio debía realizar una visita de campo a dicho punto a fin de garantizar que en dicho tramo el colector tenga la capacidad de recibir las descargas de desagüe proyectadas, en dicha visita de campo el especialista en diseño pudo evidenciar que dicho colector ya no funcionaba como colector primario, sino que su operación era de un colector secundario en base a los datos del caudal de desagüe obtenido, en concordancia con los Términos de Referencia, Ítem 9 Alternativa de Solución del PIP, párrafo penúltimo, que a la letra dice:

"Para la alternativa de disposición final de los desagües, el Consultor debe evaluar y definir la capacidad de los colectores a los que se proyecta evacuar, deberá verificar si existen otros proyectos en la zona que puedan interferir con este. La verificación y evaluación de los colectores deberá ser con la tecnología moderna y más adecuada (...) e Ítem 10 Alcance del Servicio, que indica: "El Consultor deberá evaluar el estado, capacidad y operatividad del colector Santa Anita y/o los colectores a los cuales se proyectan evacuar. El Consultor será responsable del punto de descarga y disposición final."

6.22 Por otro lado, precisan que **EL CONSORCIO** tenía pendiente subsanación de observaciones persistentes del Informe N° 2 concerniente al Saneamiento Físico Legal, específicamente al diagnóstico de las estructuras CR-20, RRO-01, CR-129 y RAP-01, y que son ajenas al punto de descarga de las aguas residuales en el



Colector Santa Anita, las cuales recién fueron subsanadas mediante Carta N° 3620-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL, de fecha 04.12.2015.

- 6.23 Refieren que el **Consortio** no había cumplido con subsanar las observaciones referidas al Saneamiento Físico Legal hasta la fecha 04 de diciembre de 2015, por lo que el Consultor recién obtuvo la aprobación del Informe N° 2 mediante Carta N° 1457-2015-EGP-C, de fecha 23.12.2015, en el sexto levantamiento de observaciones del Informe N° 2. Por consiguiente, expresan que la aplicación de penalidad por el incumplimiento de la subsanación de observaciones al 100% referidas al Informe N° 2 es de exclusiva responsabilidad del Consortio.
- 6.24 De otro lado, sobre las penalidades por demora en el levantamiento de observaciones del informe N° 3, expresan que la información proporcionada por **SEDAPAL** es referencial y que era precisamente obligación contractual del **Consortio**, corroborar y verificar la información proporcionada. Por lo tanto, la obligación contractual consistía en validar en campo, la información proporcionada por **SEDAPAL**, conforme se indica en los términos de referencia.
- 6.25 Asimismo, manifiestan que respecto a los fundamentos de los numerales 36 al 43 de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, expresan que conforme a los Términos de Referencia en el Informe N° 3 corresponde un avance del 80%, asimismo señala

“que para revisar la validez de los resúmenes y sustentos de metrados, estos deben estar sustentados en sus planos respectivos por cada especialidad”, además precisa que “en relación a los planos, el levantamiento de observaciones presenta deficiencias, no alcanzando el avance de 80% de solicitado en los términos de referencia”, por lo que concluyen que el levantamiento de observaciones está incompleto, de la revisión se aprecian deficiencias en planos y metrados incompletos, ausencia de cotizaciones de recursos incidentes, presupuesto con ausencia de partidas requeridas para este tipo de proyectos, entre otros descritos”.

- 6.26 Así, aseveran que dichas observaciones fueron subsanadas en el Sexto Levantamiento de Observaciones del Informe N° 3, asimismo advirtieron de la persistencia de las observaciones formuladas al anexo Saneamiento Físico Legal. Asimismo, precisan que las observaciones formuladas subsanadas en el informe 2 y 3, referidas a mecánica de suelos son prácticamente las mismas como se puede evidenciar en el cuadro adjunto, y que dichas observaciones referidas a Mecánica de Suelos fueron subsanadas Quinto Levantamiento de Observaciones del Informe N° 2, remido mediante Carta N° 3307-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL de fecha 26.10.2015 y en el Cuarto Levantamiento de Observaciones del Informe N° 3, remido mediante Carta N° 3542-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL de fecha 23.11.2015, donde en ambos informes persisten las observaciones formuladas a otros anexos diferentes al anexo Mecánica de Suelo.

Informe N° 2	Informe N° 3
Observado: Informe N° 808-2015-EGP-C/JEM, notificado mediante Carta N° 1141-2015-EGP-C, de fecha 22.10.2015.	Observado: Informe N° 852-2015-EGP-C/JEM, notificado mediante Carta N° 1233-2015-EGP-C, de fecha 06.11.2015.
<p>Observaciones persistentes en el Cuarto Levantamiento de Observaciones del Informe N° 2:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Las conclusiones y recomendaciones del estudio de mecánica de suelos es en base a los resultados obtenidos en el laboratorio, sin embargo el consultor no ha obtenido todos los resultados de los laboratorios de todas las calicatas realizadas por lo tanto una vez obtenido los resultados de laboratorio deberá de complementar las conclusiones y recomendaciones y mejorar el contenido del informe.2. No se adjuntan los resultados de laboratorio de los ensayos de corte directo. En el folio 034 indica que solo se han realizado ensayo de corte directo en las calicatas C-71 y C-72 correspondiente a las líneas principales de agua y alcantarillado. Sustentar porque se realizó solo 2 ensayos de corte directo.3. No se adjuntan los resultados de PH y conductividad de ser el caso.4. No presenta los análisis de la resistividad de los suelos.5. No ha presentado los análisis químicos de las estructuras por lo que no se sustenta el análisis de la cimentación presentado, de forma similar para la capacidad portante.	<p>Observaciones persistentes en el Tercer Levantamiento de Observaciones del Informe N° 3:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Las conclusiones y recomendaciones del estudio de mecánica de suelos es en base a los resultados obtenidos en el laboratorio, sin embargo el consultor no ha obtenido todos los resultados de los laboratorios de todas las calicatas realizadas por lo tanto una vez obtenido los resultados de laboratorio deberá de complementar las conclusiones y recomendaciones y mejorar el contenido del informe.2. No se adjuntan los resultados de laboratorio de los ensayos de corte directo. En el folio 034 indica que solo se han realizado ensayo de corte directo en las calicatas C-71 y C-72 correspondiente a las líneas principales de agua y alcantarillado. Sustentar porque se realizó solo 2 ensayos de corte directo.3. No se adjuntan los resultados de PH y conductividad de ser el caso.4. No presenta los análisis de la resistividad de los suelos.5. No ha presentado los análisis físicos y químicos de las estructuras por lo que no se sustenta el análisis de la cimentación presentado, de forma similar para la capacidad portante.
Dichas observaciones fueron subsanadas en el Quinto Levantamiento de Observaciones del Informe N° 2, remido mediante Carta N° 3307-	Dichas observaciones fueron subsanadas en el Cuarto Levantamiento de Observaciones del Informe N° 3, remido mediante Carta N° 3542-

Informe N° 2	Informe N° 3
15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL de fecha 26.10.2015. Sin embargo como se evidencia en el Informe N° 908-2015-EGP-C/JEM, notificado mediante Carta N° 1329-2015-EGP-C, de fecha 27.11.2015, persisten las observaciones del anexo Saneamiento Físico Legal.	15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL de fecha 23.11.2015. Sin embargo como se evidencia en el Informe N° 1000-2015-EGP-C/JEM, notificado mediante Carta N° 1475-2015-EGP-C, de fecha 28.12.2015, persisten las observaciones de: Memoria Descriptiva, Modelamiento del Sistema de Agua Potable, Diseño Electromecánico y Automatización, Planilla de Metrados, Costos y Presupuestos, Especificaciones Técnicas, Informe de Sitios y Evidencias Arqueológicas, Saneamiento Físico Legal, Informe de Seguridad e Higiene Ocupacional y planos de las diversas especialidades.

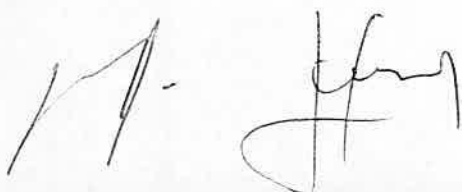
6.27 En esa medida, indican que mediante Carta N° 3665-15/Consortio Agustino Consultores/SEDAPAL de fecha 10.12.2015, el Consultor detallaba que la especialidad de Saneamiento Física Legal generaba contratiempos en el aprobación del Informe N° 2 e Informe N° 3, y solicitando la gestión a fin de viabilizar dichas aprobaciones. En respuesta al requerimiento se remitió la Carta N° 1440-2015-EGP-C.

6.28 Por consiguiente, la aplicación de penalidad por el incumplimiento de la subsanación de observaciones al 100% referidas al Informe N° 3 es de responsabilidad única del Consultor. Adicionalmente a ello, informan que **el CONSORCIO** recién obtiene la aprobación del Informe N° 3 mediante Carta N° 770-2015-EGP-C, de fecha 16.06.2016, en el sexto levantamiento de observaciones del Informe N° 3.

6.29 Ahora, **sobre la invalidez del punto N° 3 del cuadro de “otras penalidades” por ser una penalidad por mora encubierta**, puntualizan que la Infracción N° 3 del Cuadro de Penalidades, del Capítulo II – Del proceso de Selección, hace referencia a los Informes de Avance, es decir, a los tres primeros informes que se presentan cada 45 días calendarios, lo cual no transgrede lo indicado en el Art. 166° del RLCE que a la letra establece:

“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, (...)”.

6.30 Asimismo, expresan que teniendo en cuenta que el Art. 165° del RLCE hace referencia al producto y/u objeto de la convocatoria del contrato, es decir al Informe



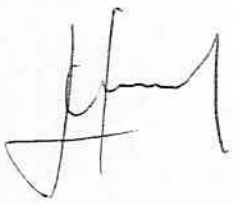
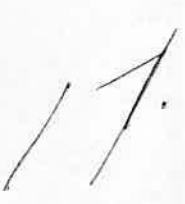
Final, Estudio de Factibilidad Completo, queda evidenciado que la Infracción N° 3 del Cuadro de Penalidades no transgrede el Art. 165°. Así, se ha penalizado el incumplimiento de subsanación de observaciones de los Informe N° 2 e Informe N° 3 en relación al Art. 166° "Otras Penalidades" y se ha penalizado el incumplimiento de subsanación de observaciones del Informe Final (Informe N° 4) en relación al Art. 165 "Penalidad por mora en la ejecución de la prestación".

6.31 Por otro lado, indican que el **Consorcio** ha tenido pleno conocimiento de dicho cuadro de penalidades, desde su calidad de participante en el proceso de selección del Concurso Público N° 0059-2014-SEDAPAL, "Servicio de Consultoría para elaboración del Estudio de Preinversión a nivel de Factibilidad del proyecto "Mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado en los A.H. Cerro El Agustino, Frente 1 – distrito El Agustino", teniendo en cuenta que en las bases administrativas publicadas en el portal del SEACE en fecha 25.11.2014, se observa:

- Bases: Sección Específica, Capítulo II, Ítem 2.13 Penalidades, donde se señala el cuadro de penalidades enmarcados en el Art. 166 "Otras Penalidades" del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
- Bases: Capítulo V "Proforma del Contrato", Cláusula Décima Tercera: Penalidades, también se señala el cuadro de penalidades enmarcados en el Art. 166 "Otras Penalidades" del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
- Términos de Referencia: Ítem 19 Penalidades por atraso o por incumplimiento contractual, también se señala el cuadro de penalidades enmarcados en el Art. 166 "Otras Penalidades" del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

6.32 Adicionalmente a ello, manifiestan que se cumplió con cada una de las etapas de un proceso de selección, entre ellas, formulación y observación de consultas así como formulación y absolución de observaciones a las Bases, en las cuales el Consorcio pudo manifestar su consulta u observación al cuadro de penalidad referido al Art. 166, sin embargo esto no fue objeto de observación alguna por el demandante. Así, también refieren que como parte de su propuesta técnica el Consultor presenta el Anexo N° 3 Declaración Jurada, en la cual en el numeral 2 "*Conocer, aceptar y someterme a las Bases, condiciones y procedimientos del proceso de selección.*".

6.33 Por lo tanto, afirman que el Consorcio tenía pleno conocimiento del cuadro de penalidades enmarcados en el Art. 166 "Otras Penalidades" del Reglamento de la Ley de Contrataciones, previo al Otorgamiento de la Buena Pro, por lo que no es coherente que recién se preuncie respecto a dicho cuadro. De ese modo, las penalidades impuestas a EL CONSORCIO cumplen con los presupuestos de la ley de la materia, en tanto estas son:



- a) **Objetivas**, porque se encuentran establecidas de manera clara y precisa los tipos de Penalidades y los montos según porcentajes del factor Unidad Impositiva Tributaria (UIT), así como de la forma y procedimiento mediante el que se verificó la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares al cumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas en los Términos de Referencia y las obligaciones contractuales asumidas en el Contrato de Prestación de Servicio N° 0056-2015-SEDAPAL.
- b) **Razonables**, porque el monto o porcentaje de la penalidad establecidos y aplicada a **EL CONSORCIO**, proporcionales a la gravedad de su incidencia e incumplimiento de sus obligaciones contractuales asumidas en el contrato y en atención al servicio de consultoría para la elaboración del estudio de Preinversión a nivel de Factibilidad del proyecto.
- c) **Congruentes** con el objeto del Contrato de Consultoría de Obra en el ámbito de SEDAPAL.


6.34 En tal sentido, solicitan al Tribunal Arbitral declara infundada la demanda formulada por el Consorcio, sobre la base de las fundamentaciones fácticas ampliamente expuestas.

7 VII. Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios

7.1 Mediante Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 26/06/2017, se fijaron de Puntos Controvertidos del presente proceso arbitral, los mismos que se detallan de la siguiente manera:

A) Respecto del escrito de demanda presentado por el Consorcio el 09 de agosto 2016 y su subsanación de fecha 21 de diciembre de 2016; así como de la contestación de demanda presentada por SEDAPAL con fecha 16 de febrero de 2017, y su correspondiente subsanación de fecha 6 de marzo de 2017.

a.1.-PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare no ha lugar a la imposición de penalidad por mora, comunicada mediante Carta N° 1244-2015-EGP-C en fecha 11 de noviembre de 2015 por el supuesto retraso en la presentación del Informe Final (Informe N° 4), generado a partir de la presentación extemporánea del referido informe final en aplicación del artículo 165 del Reglamento de Contrataciones del Estado.



a.2.-SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral determine que el mayor plazo requerido para la presentación del Informe Final (Informe N° 4) no es atribuible al Consultor, en vista que la misma, tal como asevera la demandante no fue recibida por la entidad debido a problemas administrativos de la propia entidad.

a.3.-TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral reconozca los mayores gastos en los que habría incurrido el consultor, en vista que el mayor plazo que le tomo para la presentación del Informe Final, se sustenta en la supuesta falta de cumplimiento de la entidad al proporcionar información equivocada respecto de la línea de Reforzamiento del Colector Santa Anita.

a.4.- CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que la entidad haya dispuesto la imposición de penalidad por "otras penalidades" (según el demandante) por el 10% del monto contractual, comunicada mediante Carta N° 1244-2015-EGP-C, tomando en consideración que la imposición de dicha penalidad responde a que al supuesto retraso en el levantamiento de observaciones del Informe N° 2, tuvo su origen en la alegada no advertencia y/o comunicación (mediante planos y demás instrumentos) por parte de la entidad de la línea de Reforzamiento del Colector Santa Anita.

a.5 QUINTA PRETENSION PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el el mayor plazo requerido para la presentación del Informe N° 2 no es atribuible al consultor, en vista que dicho mayor plazo obedece supuestamente a que la entidad no proporciono la información completa (planos y demás instrumentos) respecto de la línea de Reforzamiento del Colector Santa Anita.

a.6.- SEXTA PRETESION PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que se reconozcan los mayores gastos en los que incurrió el consultor al supuestamente efectuar mayores trabajos como consecuencia de la supuesta inexactitud de la información proporcionada por la entidad al alegarse la no advertencia de la línea de Reforzamiento del Colector Santa Anita, correspondientes al mayor plazo requerido para la aprobación del informe N° 2.

a.7.- SEPTIMA PRETENSION PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que la entidad aplique la imposición de penalidad por "otras penalidades", comunicada mediante Carta N° 1244-2015-EGP-C, tomando en consideración que el supuesto retraso en el levantamiento de observaciones del Informe N° 3, obedeció a la alegada no advertencia de la línea de Reforzamiento del Colector Santa Anita (al igual que el Informe N°2), así como también que las observaciones al Informe N° 3, no correspondían a la secuencia técnica del servicio.

a.8.- OCTAVA PRETENSION PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que se determine que el mayor plazo requerido para la aprobación del Informe N° 3, no

resulta atribuible al consultor, en vista que las circunstancias que generaron dicho mayor plazo fueron, a consideración de la demandante, ocasionadas por la entidad al no advertir supuestamente la línea de Reforzamiento del Colector Santa Anita, así como que las observaciones al Informe N° 3, no correspondían a la secuencia técnica del servicio.

a.9.-NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que, como consecuencia del mayor plazo que supuestamente involucro la aprobación del Informe N° 3, que se reconozcan mayores gastos a favor del demandante.

a.10.- DECIMA PRETENSION PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que en caso se concluya que efectivamente la entidad es responsable de haber generado los actos, hechos o circunstancias que desembocaron en los mayores plazos para presentar los informes correspondientes, se reconozcan los mayores costos directos e indirectos en los que haya incurrido el demandante.

a.11.- DECIMA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Determinar si corresponde declarar la invalidez de la aplicación del Punto N° 3 del Cuadro de "Otras penalidades" contenido en el Contrato y términos de referencia, en vista que, a consideración del demandante, configuraría un supuesto de imposición de doble o reiterada penalidad por mora, por un mismo hecho, transgrediendo las normas de Contratación con el Estado.


a.13.- DECIMA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que se declare que no le es atribuible al Consorcio Agustino cualquier otro supuesto de atraso

B) Respecto de las costas y costos:

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

Se deja constancia de que los puntos controvertidos precedentemente señalados tienen valor puramente referencial y podrán ser ajustados o reformulados por el Tribunal si ello resultara, a su juicio, mas conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de las materias y/o pretensiones sometidas a este arbitraje.

El Tribunal Arbitral dejó establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considerase más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.



Asimismo, declaró que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que estos puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el literal b) del artículo 48 del Reglamento de Arbitraje.

Respecto a la determinación de los puntos controvertidos y a las reglas establecidas por el Tribunal Arbitral, las partes expresaron su conformidad

Admisión de medios Probatorios

Se admitieron como medios probatorios en el presente proceso los siguientes:

A) Demanda Arbitral presentada por el Consorcio

- Los documentos ofrecidos en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS", identificados mediante anexos literal a) al literal v); respectivamente, del escrito de demanda arbitral de fecha 09 de agosto de 2016, subsanado mediante escrito de fecha 21 de diciembre de 2016.

B) Contestación a la demanda presentada por SEDAPAL

- Los documentos ofrecidos en el acápite III. *Medios Probatorios*, del escrito de contestación de demanda de fecha 16 de febrero de 2017, subsanada mediante escrito de fecha 6 de marzo de 2017.

VIII. Audiencia de Ilustración de Hechos.

Con fecha 8 de setiembre 2017, se llevó a cabo la audiencia de Ilustración de Hechos mediante la cual las partes sustentaron sus posiciones sobre los hechos materia de controversia.

IX. Del cierre de la Etapa Probatoria y Alegatos Escritos.

- 9.1 Mediante Resolución N° 13 del 26 de setiembre de 2017 se resuelve declarar concluida la etapa probatoria del presente proceso, la misma que fue notificada a las partes con fecha 27 de setiembre del mismo año.
- 9.2 Con fecha 27/11/2017 se tiene presente los alegatos escritos presentados por el Consorcio y SEDAPAL respectivamente.

X. De la Audiencia de informe Oral y Plazo para Laudar.

- 10.1 Que con fecha 20/11/2017 se llevó acabo la Audiencia de Informe Oral, mediante el cual las partes expusieron sus posiciones respecto de la presente controversia.
- 10.2 Se deja constancia que el Tribunal Arbitral cito a una audiencia de informe oral complementaria el día 18 de diciembre de 2017 a las diez de la mañana, a la cual las partes no asistieron.

XI. Desistimiento de Pretensiones.

- 11.1 Se deja constancia que conforme a la Resolución N° 18, el demandante se desistió de su tercera, sexta, novena, décima, y décimo segunda pretensión de su demanda arbitral.

XII. Del plazo para Laudar.

- 12.1 Que, mediante Resolución N° 18 de fecha 05/01/2018, se estableció el plazo para laudar en un plazo de treinta (30) días hábiles, el cual deberá contarse a partir del día hábil siguiente de notificada la referida Resolución.

XIII. Jurisdicción, Debido Proceso, y Derecho de Defensa

- 13.1 El artículo 39 inciso 1) de la Constitución permite decidir entre la jurisdicción arbitral o la jurisdicción judicial. En este caso, conforme a lo pactado en el contrato de 02/03/2015, las partes optaron por la jurisdicción arbitral. El Tribunal Arbitral se instaló el 11/07/2016, pero hubo suspensiones por causas ajenas a él.
- 13.2 Durante el transcurso del proceso las partes en ningún momento interpusieron nulidades o impugnaron resoluciones. De modo que de lo actuado resulta que todo transcurrió con observancia del Debido Proceso a que se refiere el artículo 139 inciso 3) de la Constitución.
- 13.3 En ningún momento del proceso las partes manifestaron considerarse privadas del Derecho de Defensa que impone el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución. Por el contrario, las partes consideraron haber tenido exceso de oportunidades para sustentar sus causas. Más bien por propia voluntad no asistieron a la Audiencia de 18/12/2017, convocada tanto para fundamentar oralmente el alegato escrito que ya habían presentado como para sustentar los extremos aún insuficientemente tratados.
- 13.4 En consecuencia, no se puede haber configurado ninguna de las causales de anulación, previas al Laudo, a que se refiere el artículo 63 del Decreto Legislativo 1071, de 17/06/2008.

XIV. Ámbito de Aplicación Temporal de la Ley de Contrataciones y del Código Civil.

- 14.1 El contrato se firmó el 02/03/2015. Es decir, se firmó cuando ya estaba derogado el Decreto Legislativo 1017, de 03/06/2008, y cuando ya estaba vigente la Ley



30225, de 08/07/2014. Según la Segunda Disposición Complementaria Transitoria, y la Única Disposición Complementaria Derogatoria, de la Ley 30225, de 08/07/2014, la precitada Ley regía para todas las contrataciones del Estado que se dieran desde la fecha de su promulgación.

- 14.2 Más aún, la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30225, de 08/07/2014, disponía que fuera reglamentada, para su debida aplicación, dentro de los siguientes 180 días (6 meses) calendarios. Sin embargo, llegó enero 2015 sin que ocurriera la reglamentación, la que recién se dio mediante Decreto Supremo 350-2015-EF, de 09/12/2015, esto es, un año y medio después de su promulgación, y 9 meses después de firmado el contrato.
- 14.3 El efecto práctico ha sido que los numerales a que se refirió el contrato de 02/03/2015 fueron a los del entonces ya derogado Decreto Legislativo 1017, de 03/06/2008, y de su reglamento el Decreto Supremo 184-2008-EF, de 19/07/2008, en vez de referirse a los de la Ley 30225, de 08/07/2014. Por eso no se tomaron provisiones para aplicar la Ley 30225, de 19/07/2008, procurando concordarla, en tanto se incumpliera con reglamentarla, con el reglamento aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF, de 19/07/2008. Prueba de ello es que subsistió a plenitud el contrato de 02/03/2015.
- 14.4 Este defecto contractual se explicaría por cuanto en la legislación de Derecho Público Interno es muy alta la propensión al cambio, la sustitución, la enmienda, y la reglamentación profusa. En cambio, sólo ha habido los códigos civiles de 1852, 1936, y 1984. Por ello, en pro de la estabilidad contractual, es el Código Civil, como lo señala el artículo IX de su Título Preliminar, y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30225, de 19/07/2008, el que se aplica supletoriamente en la contratación del Estado.

XV. Abuso del Derecho, Buena Fe, y Común Intención de las Partes.

- 15.1 Según su artículo 103 la Constitución no ampara el Abuso del Derecho. Así mismo, según el artículo II del Título Preliminar del Código Civil la ley no ampara el Abuso del Derecho. De modo que en la ejecución de un contrato se evita el Abuso del Derecho aplicando las reglas de la buena fe y común intención de las partes, a que se refiere el artículo 1362 del Código Civil. Según el demandado, el demandante no presentó dentro del horario de atención (8:15 a.m. a 4:30 p.m.), del día martes 08/09/2015, el Informe N° 4. Más bien ese día, 08/09/2015, el demandante envió un correo a las 6:10 p.m., advirtiéndole al demandado que se negaban a recibir el Informe N° 4 en mesa de partes, por cuanto la admisión estaba sujeta a una revisión previa superior para la cual ya no había tiempo. El Informe N° 4 se presentó, y fue admitido, al día siguiente, el 09/09/2015.
- 15.2 Además que en la ejecución contractual rigen las reglas de la buena fe y común intención de las partes, el plazo, según el artículo 179 del Código Civil, se presume establecido en beneficio del deudor de la obligación. Es claro, por lo demás, que

no se trataba de la admisión del escrito de un usuario o consumidor, sujeto a los horarios publicitados al público, sino de la recepción de un informe en la ejecución de un contrato. Como la regla es que el plazo incluye el día del vencimiento, artículo 183, inciso 4) del Código Civil, el plazo en principio incluía todo el día 08/09/2015. El correo enviado el 08/09/2015, advirtiendo que había inconvenientes para la admisión del Informe N° 4 en mesa de partes, y su admisión inmediata al día siguiente, el 09/09/2015, evidencia que el informe estuvo listo el 08/09/2015. La duda es la hora en que estuvo listo.

- 15.3 La discrepancia es, pues, sobre la hora en que estuvo listo el Informe N° 4. Según el demandado no estuvo listo antes de las 4:30 p.m. Según el demandante estuvo listo antes de las 4:30 p.m., aunque no lo querían admitir porque había que hacer una revisión previa. Durante las audiencias se insistió en este asunto de la supuesta hora pactada, por cuanto no había en el contrato reglas sobre el cómputo de la hora del día del vencimiento. Tampoco había en los actuados prueba del supuesto daño que habría generado presentarlo sin revisión previa y/o haberlo presentado después de las 4:30 p.m. Y, como se sabe, el Juzgador, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. Así lo dispone el artículo 1346 del Código Civil.
- 15.4 El demandado no ha probado por qué se debe suponer que no haber presentado el Informe N° 4 antes de las 4:30p.m. sería una causa que traería como efecto un perjuicio. Sobre todo cuando el plazo comprendía todo el día martes 08/09/2015, incluyendo las 6:10 p.m.; que el plazo siempre es a favor del deudor; que no hubo pacto que impusiera para los contratistas el horario publicitado para los consumidores o usuarios; y que el informe se presentó inmediatamente después. En estas circunstancias sancionar al demandante configuraría un Abuso de Derecho, una trasgresión de la Buena Fe y Común Intención de las partes, y una penalización por una labor realizada. A falta de pacto expreso, y sin una relación de causalidad entre después de las 4:30 p.m. y un perjuicio para el demandado, no hay sustento para decidir que el día del vencimiento, el martes 08/09/2015, culminaba a las 4:30 p.m. Hay aún menos sustento cuando nunca se aclaró, ni por escrito ni en las audiencias, quién, por qué, y cómo se decidía en mesa de partes la admisión física de un informe contractual.

XVI. Libertad Contractual, fuerza vinculatoria del contrato, y asunción de riesgos.

- 16.1 Por el objeto del contrato, y por la naturaleza de las partes, se tiene que presumir que no hay ni desequilibrios ni asimetrías ente ellas. De modo que los riesgos contractuales asumidos por cada cual configuran manifestaciones de voluntad válidas. En consecuencia, en el contrato de 02/03/2015 las partes, conforme al artículo 1354 del Código Civil, han determinado y aceptado libremente su contenido, y lo ahí expresado es, en armonía con el artículo 1361 del Código Civil, obligatorio para ellas.

- 16.2 Ocurre que entre los diversos pactos del contrato de 02/03/2015 está la sujeción a las penalidades a que se refieren los artículos 165 y 166 del Decreto Supremo 184-2008-EF, de 31/12/2008. A diferencia de lo ocurrido con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo 1017, de 13/06/2008, que había sido reemplazada por la aprobada Ley 30225, de 10/07/2014, en cambio al momento de firmar el contrato de 02/03/2015 no había un nuevo reglamento. Por lo cual no son impugnables, y sí son aplicables, los pactos sobre penalidades de los artículos 165 y 166 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, de 31/12/2008.
- 16.3 Tampoco son impugnables, y son aplicables, los términos de referencia, entre otros que el demandante recibía información referencial, la cual debía profundizar y definir en los trabajos de campo. Pues todo ello era conducente al estudio de factibilidad de lo que eventualmente se haría. De modo que trabajar con información referencial era un riesgo que asumía el demandante, que debió ser incorporado a sus planes, ritmo de ejecución, y capacidad de su equipo técnico. Si en la ejecución contractual se encontraron dificultades que superaban sus capacidades, el problema no lo podía resolver imputándole la responsabilidad al demandado. Ello no obsta, como es claro, para analizar el cumplimiento tardío y/o defectuoso del demandante.

XVII. El Asunto de los Límites de la Potestad Sancionadora.

- 17.1 El artículo 165 del Decreto Supremo 184-2008-EF, de 31/12/2008, es de aplicación objetiva. No se requiere requerimiento ni declaratoria para que haya mora. Basta el vencimiento del plazo para aplicar la penalidad por mora, por cuanto así lo dispone la precitada norma y el pacto contractual. El artículo 166 del Decreto Supremo 184-2008-EF, de 31/12/2008, se refiere a otras penalidades que se pueden establecer en las bases. Estas se calculan de forma independiente a la penalidad por mora. De modo que se trata de dos institutos diferentes.
- 17.2 El artículo 246, inciso 11) de la Ley 27444, de 11/04/2001 (Texto Único Ordenado), dispone, en lo que concierne a la potestad sancionadora, que no se podrá imponer pena ni sucesiva ni simultánea cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Para que las penalidades con sustento en el artículo 166 del Decreto Supremo 184-2008-EF, de 31/12/2008, hayan violentado el precitado principio de "Non bis in ídem" tendría que haber identidad de sujeto, hecho y fundamento. Además se tendría que tratar de una sanción que no fuera ni objetiva ni razonable ni congruente, como lo establece el artículo 166 del Decreto Supremo 184-2008-EF, de 31/12/2008.
- 17.3 Es claro que el demandante cumplió con su prestación. De lo contrario se habría resuelto el contrato por incumplimiento. Pero también es claro que el cumplimiento del demandante fue reiteradamente tardío. No es claro, en cambio, si fue un cumplimiento defectuoso. Resulta, entonces, que la penalidad por mora, al ser objetiva, se aplica al cumplimiento reiteradamente tardío. Pero otras penalidades

exigen conocer, además de los hechos y el fundamento, la motivación objetiva, razonable, y congruente. Sobre otras penalidades no basta que en los alegatos escritos una parte manifieste que se aplica a los informes de avance (números 2 y 3), y la otra parte manifieste que es una penalidad por mora camuflada. Sobre todo no basta porque ninguna de las dos partes concurrió a la audiencia de 18/12/2017 para sustentar, elaborar, y profundizar en sus alegatos escritos. De esa manera eludieron el escrutinio del Tribunal Arbitral sobre la real y efectiva ejecución contractual, base para determinar los defectos otros que la mora en los cuales se sustentan las otras penalidades.

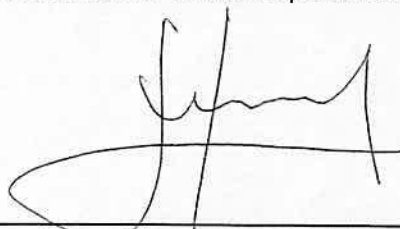
17.4 El “non bis in ídem” es un principio del procedimiento administrativo sancionador que exige identidad de sujeto, hecho, y fundamento. Así lo dispone el inciso 11) del artículo 246 de la Ley 27444, de 11/04/2001 (Texto Único Ordenado). Bajo ese criterio se aplica en los procedimientos administrativos. Si por analogía se pretende aplicar en el ámbito jurisdiccional, se tienen que respetar las tres identidades. Para el Consorcio al haber identidad de sujeto se trata de una penalidad por mora camuflada. Para Sedapal los fundamentos son distintos: para penalidad por mora el artículo 165 del Reglamento, y para otras penalidades el artículo 166 del Reglamento. Además, para los informes de avance (2 y 3), más allá de la mora, ha habido otras deficiencias sujetas a otras penalidades. Es decir, que el cumplimiento además de tardío fue defectuoso. Así las cosas, en armonía con el artículo 54 de la Ley de Arbitraje el Tribunal en mayoría propuso un laudo parcial. En el precitado artículo 54 se dice “... el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios”. Pero según el Secretario Arbitral, doctor Cotaquispe, el supuesto del laudo parcial ocurre cuando hay una especie de pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral (por ejemplo, excepciones) y a continuación se realizan actuaciones arbitrales con la finalidad de que se emita un laudo final. Por lo cual decidió precisar que la fórmula del laudo parcial no era la correcta.

17.5 Este arbitraje, como se sabe, está sujeto al Reglamento del Organismo Organizador del arbitraje, que en su función de Secretaría tramita el procedimiento. Así se convino en el Acta de Instalación de 11/07/2016. El conductor e intérprete del Reglamento es el Secretario Arbitral, doctor Cotaquispe. Él ha manifestado que al ser todos los medios probatorios documentales no hay ya más medios probatorios adicionales por actuar, habiendo habido mucha oralidad extraña al Reglamento. En consecuencia, con sujeción al Reglamento el Secretario Arbitral ha manifestado que la fórmula del laudo parcial no es la correcta. De modo que el Tribunal en mayoría, para evitar contraponer la Ley de Arbitraje, señaladamente su artículo 54, con el Reglamento convenido en el Acta de Instalación de 11/07/2016, ha decidido no insistir en el laudo parcial, para optar por un laudo único, comprensivo de otras penalidades, en base a lo ya actuado. Hasta la fecha lo único que ha probado El Consorcio demandante es la identidad de sujeto entre las penalidades por mora y las otras penalidades. No obstante haber tenido la ocasión, no asistió a la última audiencia oral para poder elaborar sobre la supuesta

cantidad de hechos y fundamentos. De modo que hasta la fecha no se cumplen los tres requisitos de identidad de sujeto, hechos, y fundamentos. Por lo cual conforme al inciso 11) del artículo 246 de la Ley 27444, de 11/04/2001 (Texto Único ordenado) hasta la fecha conforme a lo actuado es infundado alegar "Non bis in idem" por otras penalidades.

Se resuelve:

1. Declarar que se acepta el desistimiento de los puntos controvertidos, también denominados pretensiones, a que se refiere el Acta de la Audiencia de 03/06/2017, números tercera, sexta, novena, décima, y décima segunda.
2. Declarar fundadas la primera y segunda pretensión. Por lo cual no corresponde imponer al demandante la penalidad por mora por el Informe Final número 4.
3. Declarar infundadas la quinta y octava pretensión. Por lo cual si corresponde imponer al demandante la penalidad por mora por los informes de avance números 2 y 3.
4. Declarar infundadas las pretensiones cuarta, séptima, y décima primera. Por lo cual si corresponde imponer al demandante las otras penalidades.



Pedro Coronado Labó
Presidente del Tribunal Arbitral



Arturo Seminario Dapello
Árbitro

VOTO EN DISCORDIA EMITIDO POR EL ÁRBITRO ALEJANDRO ACOSTA ALEJOS EN EL
PROCESO SEGUIDO POR EL CONSORCIO AGUSTINO CONSULTORES CONTRA EL SERVICIO
DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA

Lima, 21 de marzo de 2018.

Con el debido respeto por la posición adoptada por mis coarbitros, debo manifestar mi discrepancia parcial con lo resuelto en el laudo en mayoría, en los siguientes extremos:

RESPECTO DE LA QUINTA Y OCTAVA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:

I. ANTECEDENTES:

- 1.1. Con fecha 20 de enero de 2015, el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante SEDAPAL o Entidad) adjudicó al Consorcio Agustino Consultores (en adelante Consorcio o Contrista) la Buena Pro del Concurso Público N°0059-2014- SEDAPAL para el servicio de consultoría para la Elaboración del Estudio de Pre inversión a nivel de Factibilidad del proyecto "Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado en los A.H. Cerro El Agustino Frente 1 distrito El Agustino".
- 1.2. Posteriormente, en el marco del Decreto Legislativo N°1017 y su Reglamento (con sus modificatorias), el 02 de marzo de 2015 las partes suscriben el Contrato N°0056-2015- SEDAPAL. En dicho contrato, se establece 180 días calendario como plazo de ejecución contractual, en los cuales el Consorcio estaba obligado a presentar cuatro (4) informes que sustentarian el estudio a elaborar según los términos de referencia contenidos en las Bases Integradas del Concurso, para lo cual, se estableció el siguiente cronograma:

INFORMES	CRONOGRAMA DE PRESENTACIÓN Y APROBACIÓN DE TAREAS (180 DÍAS CALENDARIOS)		
	PRESENTACION DE INFORMES	OBSERVACIONES DEL EGP-C	SUBSANACION POR PARTE DEL CONSULTOR
Nº 01	60	10	10
Nº 02	45	10	10
Nº 03	45	10	10
Nº 04	30	15	15
Total	180		

- 1.3. Así, con fecha 13 de marzo de 2015, el Consorcio dio inicio a la ejecución del objeto del contrato sub litis, estableciéndose como fecha de término de ejecución contractual el 08 de setiembre de 2015. Seguidamente, mediante Carta N° 0601-15/Consorcio Agustino

Consultores/SEDAPAL de fecha 23 de marzo de 2015, el Consorcio solicita a SEDAPAL información de Planos Actualizados de Redes Existentes de Agua Potable y Alcantarillado, con el fin de proseguir con la ejecución del contrato; por lo que, mediante Carta N°128-2015-ECRF de fecha 27 de marzo de 2015, SEDAPAL remite los planos de las redes de agua y alcantarillado recibidas y administradas a su cargo.

- 1.4. Mediante Carta N°00977-15-C/CONSORCIO AGUSTINO CONSULTORES/SEDAPAL presentada el 11 de mayo de 2015, el Consorcio presenta el Informe N°01, el mismo que al no tener observaciones, se otorga la conformidad con fecha 08 de julio de 2015.
- 1.5. Dentro del plazo previsto en el cronograma de ejecución contractual, mediante Carta N° 2206-15/CONSORCIO AGUSTINO CONSULTORES/SEDAPAL presentada el 25 de junio de 2015, el Consorcio presenta el Informe N°02, el cual fue observado y subsanado conforme a lo detallado en el siguiente cuadro:

INFORME N° 02						
FECHA DE PRESENTACIÓN DE INFORME	01 OBS.	2 OBS.	3 OBS.	4 OBS.	5 OBS.	FECHA DE CONFORMIDAD DE INFORME
	06/07/2015	03/08/2015	01/09/2015	01/10/2015	22/10/2015	
25/06/2015	01 SUBS.	2 SUBS.	3 SUBS.	4 SUBS.	5 SUBS.	23/12/2015
	16/07/2015	18/08/2015	08/09/2015	07/10/2015	04/12/2015	

- 1.6. Con fecha 05 de agosto de 2015, se lleva a cabo la reunión de coordinación entre personal de la Entidad y el Contratista, donde este último señala haber tomado conocimiento de que el Colector Santa Anita tiene una línea de reforzamiento, la misma que inhabilitaría su utilización en un futuro. Situación sobreviniente que, a consideración del Consorcio, altera la ejecución de las prestaciones a su cargo, por lo que mediante correo electrónico de fecha 05 de agosto de 2015, solicita a la Entidad información de Planos de Replanteo y Simulación Hidráulica del Reforzamiento del Colector Santa Anita, la cual no formó parte de los planos brindados al inicio de la ejecución contractual.
- 1.7. Así las cosas, dentro del plazo convenido para la presentación del Informe N°03, el Consorcio mediante Carta N°2364-15/Consorcio Agustino Consultores/SEDAPAL presenta el mismo con fecha 10 de agosto de 2015. Estando así que, tal informe es observado y subsanado de acuerdo con el cuadro que se detalla a continuación:

INFORME N° 03					
FECHA DE PRESENTACIÓN DE INFORME	01 OBS.	2 OBS.	3 OBS.	4 OBS.	FECHA DE CONFORMIDAD DE INFORME
	20/08/2015	11/09/2015	07/10/2015	06/11/2015	
10/08/2015	01 SUBS.	2 SUBS.	3 SUBS.	4 SUBS.	
	31/08/2015	21/09/2015	16/10/2015	23/11/2015	16/06/2016

- 1.8. En vista de que los nuevos planos otorgados por SEDAPAL, mediante Carta N°2678-15/CONSORCIO AGUSTINO CONSULTORES/SEDAPAL presentada el 14 de agosto de 2015, el Consorcio remite su solicitud de Ampliación de Plazo por noventa (90) días calendarios, a consecuencia de los mayores trabajos que debía ejecutar para poder cumplir con la finalidad del Contrato sub litis; no obstante, mediante Carta N°908-2015-EGP-C de fecha 28 de agosto de 2015, SEDAPAL comunica al Consorcio su denegatoria a dicha solicitud.
- 1.9. Con fecha 08 de setiembre de 2015, mediante Carta N°2857-15/CONSORCIO AGUSTINO CONSULTORES/SEDAPAL, el Consorcio se apersonó a la mesa de partes de Entidad con la finalidad de presentar el Informe N°04 (final); sin embargo, el personal encargado se negó a recepcionar este por temas meramente administrativos. En esa misma fecha, en vista de la imposibilidad de recepción con la que se halló el Consorcio, éste remitió el citado informe vía correo electrónico para que un día después sea presentada la versión en físico a la Entidad.
- 1.10. A pesar de haberse iniciado el proceso de conciliación respecto de la controversia suscitada en torno a la solicitud de ampliación de plazo denegada por la Entidad, con fecha 15 de octubre de 2015, se declara concluido el proceso de conciliación sin acuerdo de las partes.
- 1.11. El 11 de noviembre de 2015, mediante Carta N° 1243-2015-EGP-C, SEDAPAL comunica al Consorcio la aplicación de penalidad por atraso en la presentación del informe final del proyecto, así como el supuesto retraso injustificado en la entrega del levantamiento de observaciones de los Informes N°02 y 03.
- 1.12. Finalmente, las partes sin llegar a un acuerdo conciliatorio para resolver las controversias suscitadas en el marco del Contrato sub litis, se somete dichas controversias al presente arbitraje.

II. DEL MAYOR PLAZO REQUERIDO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO:

Dentro de la materia controvertida a tratar en el presente punto, tenemos a los siguientes puntos controvertidos (pretensiones):

"(...)

Quinta Pretensión Principal.- Determinar si corresponde o no que el mayor plazo requerido para la presentación del Informe N°2 no es atribuible al consultor, en vista que dicho mayor plazo obedece supuestamente a que la entidad no proporciono la información completa (planos y demás instrumentos) respecto de la línea de Reforzamiento del Colector Santa Anita.

(...)

Octava pretensión Principal.- Determinar si corresponde o no que se determine que el mayor plazo requerido para la aprobación del Informe N°3, no resulta atribuible al consultor, en vista que las circunstancias que generaron dicho mayor plazo fueron, a consideración de la demandante, ocasionadas por la entidad al no advertir supuestamente la línea de Reforzamiento del Colector Santa Anita, así como que las observaciones al Informe N°3, no correspondían a la secuencia técnica del servicio."

2.1. La posición planteada por el Consorcio radica en la alteración del estudio objeto del Contrato sub litis, lo que generaría atrasos en la ejecución contractual programada; toda vez que, SEDAPAL realiza las Bases del Concurso Público en virtud de un Estudio de Pre Inversión a nivel de Perfil desactualizado, el mismo que es entregado al Consorcio como parte de los documentos contractuales. De esta forma, el Consorcio menciona que la información referida al Colector Santa Anita es recién conocida en medio de la ejecución contractual, habiéndose hecho entrega del Informe N°01 y a días de entregar el Informe N°02 que guarda estricta relación con el Informe N°03 y el final. Tal situación, señala el Consorcio, revela que los avances realizados hasta agosto de 2015 (a más de 4 meses de iniciado el estudio) se han realizado sobre información errónea; por lo que, dicha negligencia ocasiona la necesidad de un plazo mucho mayor al establecido en el contrato para la culminación del estudio de factibilidad.

2.2. Por su parte, SEDAPAL manifiesta que el contrato de consultoría suscrito con el Consorcio señala expresamente que la información relacionada con los planos de redes existentes proporcionada para la ejecución del contrato son de carácter referencial; por lo que, de acuerdo con lo señalado en los términos de referencia, correspondía al Contratista validar la información otorgada. Es en dicho sentido que, la Entidad manifiesta que la demora tanto en

la presentación de los informes como en la subsanación de las observaciones realizadas a los mismos acarrearán la aplicación de penalidades fijadas en el Contrato sub litis.

RESPECTO DE LOS TÉRMINOS CONTRACTUALES:

- 2.3. Como bien sabemos, el contrato de consultoría dentro del marco de las contrataciones públicas se encuentra conformado además por las Bases integradas (con sus respectivos anexos), la oferta del postor. Sobre dicha premisa, tenemos que el contenido de tales documentos influyen en la esfera obligacional que cada parte asume; se podría decir que, en especial, lo dispuesto en los Términos de Referencia (TDR's) adquieren gran relevancia para la debida ejecución del contrato, pues estos son utilizados por el postor (futuro contratista) como indicadores óptimos para la elaboración de su oferta técnico - económica y la proyección preliminar del íter de ejecución contractual.
- 2.4. En el caso concreto, la postura de la Entidad, como bien ha sido manifestada a lo largo del presente proceso arbitral, está definida por considerar que la información contenida en las Bases al igual que la información posterior a entregar al Contratista, es meramente referencial por haberse indicado así en ciertos extremos de los TDR's; por ende asevera que, el Contratista al suscribir el contrato correspondiente asume el riesgo frente a la posibilidad de que la información brindada se incorrepta en forma total o parcial, debiendo cumplir la ejecución del servicio de consultoría dentro del plazo previsto. Sin embargo, ¿hasta qué punto tal concepción puede ser avalada dentro del marco de la libertad contractual?, si nos encontramos frente a un contrato que se rige por la normativa de contrataciones del Estado y la normativa especial aplicable a los estudios de preinversión.
- 2.5. Cuando analizamos los TDR's, si bien podemos advertir que en ciertos extremos se señala que la información brindada es referencial, en las partes más relevantes de dicho documentos se menciona que el estudio a realizar por parte del Consorcio Consultor se deberá elaborar en base del perfil aprobado, esto es, el estudio a nivel de perfil del proyecto Mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado en los A.H. Cerro El Agustino, Frente 1 - distrito El Agustino". (Aprobado con código SNIP 167171). Como ejemplo, tenemos los siguientes puntos:

"(...)

Requerimientos General del Estudio

El Consultor deberá realizar el estudio de preinversión a nivel de factibilidad del proyecto: "Mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado en los A.H. Cerro El Agustino, Frente 1 - distrito El Agustino". (Aprobado con código SNIP 167171), el cual deberá desarrollar en base del perfil aprobado, considerando las recomendaciones de la OPI FONAFE y profundizando, los aspectos técnicos respecto a la alternativa seleccionada en el perfil. El estudio

de factibilidad se desarrollará, sobre la base de los Contenidos Mínimos para Estudios de Preinversión según el Anexo SNP-7, teniendo en cuenta los alcances establecidos en estos términos de referencia, así como los contenidos, parámetros, metodologías y normas técnicas que se dispongan. (...)"

(...)

En el estudio de factibilidad, el consultor deberá profundizar el análisis técnico y consolidación de la alternativa seleccionada en el perfil o la segunda en el orden de jerarquización, (...)

(...)" (Subrayado elaborado).

Conforme se puede apreciar, los propios TDR's establecen con claridad que el Estudio a nivel de factibilidad deberá realizarse en base al Estudio de Perfil proporcionado por SEDAPAL, considerando la alternativa planteada en este primer estudio y consolidando lo que se desarrolló previamente.

- 2.6. De este modo, se debe resaltar que la información detallada en el punto 8 de los TDR's brinda información sobre la situación actual en estudio; la misma que evidentemente, fue tomada por los postores como aquella información real con la que cuenta la Entidad para dar inicio a la ejecución del estudio a nivel de factibilidad. Teniendo en cuenta que este extremo de los TDR's es el que brinda la información sobre las Líneas de Conducción, Redes de Distribución de Agua, y en lo que atañe a la controversia (Sistema del Alcantarillado), es detallado a continuación:

"(...)

Descripción del sistema de alcantarillado

De acuerdo a la topografía de la zona de estudio se han identificado una sola área de drenaje según el drenaje natural del terreno y seis sub-áreas de drenaje por la cartografía, los cuales descargarán sus caudales de contribución en los buzones de redes secundarias.

La topografía del terreno permite que todos los desagües sean descargados por gravedad, siendo las redes de concreto simple normalizado y de PVC las mismas que tienen una antigüedad promedio de 25 años, generando atoros continuos y roturas, ocasionando el reclamo de nuestros clientes, los diámetros de las redes varían desde 150 mm hasta 400 mm terminan desembocando sus desagües en el colector Santa Anita de 450 mm y 750 mm. A continuación se muestra un cuadro con el metrado de las redes de alcantarillado existentes en el área de estudio.

(...) (Énfasis elaborado).

Tal información brindada, evidencia con claridad que los postores –en el caso en específico el Consorcio- consideraban como único punto de desemboque de los canales de desagüe el Colector Santa Anita.

- 2.7. De igual forma, se menciona en otros puntos relevantes de los TDR's, que:

(Punto 9 "alternativa de Solución del PIP)

"(...)

Para el desarrollo del estudio de factibilidad, el Consultor deberá considerar información de fuentes primarias, necesarias para este nivel de estudio, tomando como información base el estudio aprobado a nivel de perfil "Mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado en los A.H. Cerro El Agustino, Frente 2 – distrito El Agustino", código SNIP 167482, junto con la alternativa seleccionada (...)"

Así, sobre el Diseño del Sistema de Alcantarillado (punto 10.2 de los TDR's), se establece que:

"(...)

El Consultor debe presentar los cálculos hidráulicos de los ajustes hechos sobre los valores previamente admitidos o adoptados realizados en el sistema del estudio de perfil. (...)"

(...) (Énfasis elaborado).

- 2.8. De acuerdo con lo citado, podemos concluir que si bien la Entidad ha considerado señalar en ciertos puntos de los TDR's que la información proporcionada es referencial, esta se contradice al establecer en reiteradas oportunidades –descritas en los puntos que anteceden- que el Estudio de preinversión a nivel de perfil es sustancial y necesario para la elaboración del Estudio a nivel de factibilidad. Inclusive, **se señala que el estudio a elaborar debe efectuarse sobre los valores y alternativas de solución que previamente han sido admitidos y/o considerados en el estudio [previo] a nivel de perfil**, puesto que el objeto de contrato sub litis, versa en consolidar y hacer factible lo inicialmente aprobado por SEDAPAL para dicho Estudio de Preinversión.

- 2.9. En esa lógica, tenemos pues que lo descrito en los TDR's al igual que la información y/o documentación (Estudio de Preinversión a nivel de perfil) brindada por SEDAPAL en el

marco de la contratación para el Servicio de Consultoría para la Elaboración del Estudio de Pre-Inversión a nivel de Factibilidad para el "Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado en los A.H. Cerro el Agustino, Frente 1 – Distrito El Agustino", es vinculante para la ejecución del Contrato sub litis.

ASI SE TIENE QUE, CUALQUIER ALTERACIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL A CONSECUENCIA DE UN VICIO EN LA INFORMACIÓN BRINDADA, NO RESULTA IMPUTABLE AL CONTRATISTA. PUES ES REPOSABILIDAD DE LA ENTIDAD EL BRINDAR INFORMACIÓN ACTUAL Y OPORTUNA, MÁS AÚN SI ASÍ LO SEÑALA EN SUS TDR'S.

2.10. Ahora bien, SEDAPAL señala que fue responsabilidad del Consorcio el no prever –en plena ejecución del Contrato sub litis- la línea de reforzamiento efectuada al Colector Santa Anita, situación que inhabilita la posibilidad de su uso futuro (del único colector en la zona de Estudio), sin tomar en cuenta que en gran parte de los TDR's se considera que dentro del desarrollo del estudio se tendrá coordinación directa con personal encargado de la Entidad. Siendo así que, recién en la reunión de coordinación del 05 de agosto de 2015, se indica al Contratista sobre la existencia de la línea de reforzamiento efectuada al Colector Santa Anita, cuando la Entidad ya contaba con tal información desde meses antes del inicio de la ejecución del servicio a cargo del Contratista. Situación que evidencia la entrega de un Estudio de Perfil desfasado, hecho que no ha sido negado ni refutado por SEDAPAL.

2.11. Bajo ese escenario, debemos traer a colación el Principio de Buena Fe que rige todo tipo de contrato. Sobre el cual, VALLADARES BONET, señala que *"(...) la buena fe impone recíprocamente a los contratantes la obligación de cooperar para que todos ellos alcancen los intereses concretos que se propusieron al momento de contratar, de modo tal de honrar con ello el programa contractual y evitar la frustración de esos intereses."*¹

Se entiende entonces, que la buena fe debe estar presente a lo largo de todo el íter contractual, pero como dice DE LOS MOZOS, *"es en la etapa del cumplimiento, es decir, en la etapa de actualización de los efectos jurídicos del contrato, donde éste principio cobra especial interés."*²

2.12. En el presente caso, este principio de Buena Fe se explyea en dos aspectos. El primero referido a que el Consorcio actuó considerando que la información brindada por la Entidad estaba actualizada, pues el Estudio a nivel de perfil es vital para la elaboración del estudio a nivel de factibilidad. Por otro lado, el segundo aspecto está referido a la transgresión de dicho principio, debido a la elaboración deficiente de las Bases del Concurso (en específico

¹ VALLADARES BONET, Eugenio. "La Inobservancia del Deber de Buena Fe como Causa de Incumplimiento Contractual". Madrid, 2014. Pág. 57

² MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. de los: El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español, Ed. Bosch, 1ª edición, Barcelona, 1965, pág. 49

TDR's) por parte de SEDAPAL, pues se sustentó en un estudio a nivel de perfil desfasado que conllevó a error a los postores, y finalmente generó situaciones imprevistas en la ejecución de la prestación a cargo del Contratista; de igual forma, el no haber informado oportunamente al Consorcio sobre el estado del Colector Santa Anita, habiendo inclusive otorgado la conformidad automática al Informe N°01 que ocupaba el 100% del diagnóstico de estructuras existentes, conllevó a que los informes N°02 (efectuado casi al 100%) y 03 (ya avanzado) se vieran afectados y con ello el plazo de ejecución contractual que era de 180 días calendarios.

- 2.13. De otro lado, corresponde señalar que el Principio de Eficiencia contenido en el literal f) del artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado, impone a las Entidades Públicas efectuar sus contrataciones bajo las mejores condiciones que permiten garantizar la celeridad, economía y eficiencia de tales contrataciones. Aspecto que evidentemente, no ha sido considerado en la elaboración del Expediente de Contratación sobre el cual deriva el presente caso.

RESPECTO DE LAS DIRECTRICES CONSIDERADAS EN EL SISTEMA NACIONAL DE INVERSIÓN PÚBLICA PARA LA ELABORACIÓN DEL ESTUDIO DE PRE-INVERSIÓN:

- 2.14. El numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley N° 27293 (Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública), establece que los Proyectos de Inversión Pública (PIP) se sujetan a tres grandes fases: i) preinversión ; ii) inversión; y iii) postinversión. Al respecto, el numeral 11.2 del artículo 11° de la Directiva N° 001-2011-EF/68.01 (Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública), en adelante, la "Directiva", precisa que la fase de preinversión comprende la elaboración del perfil, que incluye el análisis a nivel de un estudio de prefactibilidad, y la elaboración del estudio de factibilidad.
- 2.15. Por su parte, el Glosario de Términos de la Directiva, precisa el alcance de cada uno de los estudios técnicos que son parte de las fases del PIP:
- *Perfil: "Estimación inicial tanto de aspectos técnicos como de beneficios y costos de un conjunto de alternativas."*
 - *Estudio de Prefactibilidad: "Estudio de las diferentes alternativas seleccionadas en función del tamaño, localización, momento de iniciación, tecnología y aspectos administrativos. Este análisis se realiza como parte del estudio de Perfil y constituye la última instancia para eliminar alternativas ineficientes."*
 - *Estudio de Factibilidad: "Valoración precisa de los beneficios y costos de la alternativa seleccionada considerando su diseño optimizado."*

• (...)”

En este punto, se establece en la Opinión N°044-2013/DTN que: “(...) un elemento común de los estudios antes descritos –además de que todos se enmarcan en el ciclo de un PIP– es que cada uno sirve de base para la realización del siguiente estudio, por lo que el estudio precedente influye de forma determinante en la delimitación de las características técnicas del siguiente estudio. Así, el estudio de perfil es determinante para la realización del estudio de factibilidad, y este último para la elaboración del expediente técnico detallado o el estudio definitivo.” (Énfasis elaborado).

- 2.16. De igual forma, en la Opinión N°068-2015/DTN, se señala respecto del orden de prelación de estos estudios que forman parte del Estudio de Pre-Inversión, que:

“(…)

De lo señalado, puede advertirse la existencia de un elemento común en todos los estudios previos descritos: cada uno sirve de base para la realización del siguiente, constituyendo todos, estudios de consultoría sucesivos que forman parte de un Proyecto de Inversión comprendido desde la intención o pensamiento de “ejecutar algo” hasta el término o puesta en operación normal del proyecto. De esta forma, podemos advertir que el estudio de perfil es determinante para la realización del estudio de prefactibilidad y éste para el de factibilidad, así como aquél para los estudios de ingeniería o estudios definitivos de un mismo proyecto, los cuales constituyen el sustento técnico para la ejecución del proyecto de inversión.

(...) la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública establece que la elaboración del estudio de perfil es obligatoria, más los estudios de prefactibilidad y factibilidad pueden no ser requeridos, dependiendo de las características propias del Proyecto de Inversión.” (Énfasis elaborado).

- 2.17. Como se puede observar, la normativa que rige el SNIP –reconocida en su especialidad por la Dirección Técnica del OSCE– establece de forma radical que el Estudio a nivel de perfil ostenta gran relevancia en la elaboración de un Estudio de Pre-Inversión, al nivel que se puede omitir otras etapas posteriores pero no dicho estudio. De la misma forma, establece la relación de dependencia que tiene cada nivel del estudio elaborado para el PIP, así, un Estudio a nivel de factibilidad no se puede efectuar sin el previo Estudio a nivel de perfil aprobado por la Entidad convocante, en este punto, conviene resaltar que el éxito en la ejecución de un PIP radica en una primera etapa, en que el estudio a nivel de perfil esté

actualizado y sea el correcto para elaborar el siguiente estudio –más aún si es el de factibilidad.

- 2.18. Tenemos en tal sentido que, al haberse efectuado las bases en virtud de un estudio a nivel de perfil desfasado, además de haber sido entregado este como parte de los documentos contractuales para que el consorcio pudiera efectuar el estudio a nivel de factibilidad, el atraso generado en la ejecución del contrato sub litis, no es imputable al consorcio.

RESPECTO DE LA CUARTA, SEPTIMA Y DECIMO PRIMERA PRETENSIONES DE LA DEMANDA

III. DE LA CONFIGURACIÓN DE "OTRAS PENALIDADES" EN EL MARCO DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO:

Dentro de la materia controvertida a tratar en el presente punto, tenemos a los siguientes puntos controvertidos (pretensiones):

"(...)

Cuarta Pretensión Principal.- Determinar si corresponde o no que la entidad haya dispuesto la imposición de penalidad por "otras penalidades" (según el demandante) por el 10% del monto contractual, comunicada mediante Carta N°1244-2015-EGP-C, tomando en consideración que la imposición de dicha penalidad responde a que al supuesto retraso en el levantamiento de observaciones del Informe N° 2, tuvo su origen en la alegada no advertencia y/o comunicación (mediante planos y demás instrumentos) por parte de la entidad de la línea de Reforzamiento del Colector Santa Anita.

(...)

Séptima Pretensión Principal.- Determinar si corresponde o no que la entidad aplique la imposición de penalidad por "otras penalidades", comunicada mediante Carta N°1244-2015-EGP-C, tomando en consideración que el supuesto retraso en el levantamiento de observaciones del Informe N°3, obedeció a la alegada no advertencia de la línea de Reforzamiento del Colector Santa Anita (al igual que el Informe N°2), así como también que las observaciones al Informe N° 3, no correspondían a la secuencia técnica del servicio.

(...)

Décima Primera Pretensión Principal.- Determinar si corresponde declarar la invalidez de la aplicación del Punto N°3 del Cuadro de "Otras penalidades"

contenido en el Contrato y términos de referencia, en vista que, a consideración del demandante, configuraría un supuesto de imposición de doble o reiterada penalidad por mora, por un mismo hecho, transgrediendo las normas de Contratación con el Estado."

- 3.1. De acuerdo con lo manifestado por la Entidad, se tendría que el Consorcio ha tenido pleno conocimiento de dicho cuadro de penalidades establecida en la Cláusula Décima Tercera del Contrato, desde su calidad de participante en el proceso de selección del Concurso Público N°0059-2014-SEDAPAL, pues en el proyecto de contrato publicado se establece la posibilidad de aplicar otras penalidades, dentro de las cuales se tiene la penalidad aplicable por atraso en el levantamiento de observaciones. Extremo de las Bases que no fue observada por el Consorcio, en el momento correspondiente a la etapa de selección. Asimismo señala que, tal penalidad tiene base en lo dispuesto en el artículo 166° del Reglamento de Contrataciones del Estado. Es en virtud a tales consideraciones que, SEDAPAL aplica penalidades por la demora en el levantamiento de observaciones realizadas a los Informes N°02 y 03.
- 3.2. Posición discrepante es la manifestada por el Consorcio, al señalar que la penalidad fijada por la demora en el levantamiento de observaciones forma parte de la penalidad por mora establecida en el artículo 165° del Reglamento; por lo que, señala se trata de una doble imposición de penalidad, sin tener en observancia que las otras penalidades consideradas en el artículo 166° del Reglamento, deben ser necesariamente distintas a la penalidad por mora. Menciona además que, la Ley del Procedimiento Administrativo General no permite la doble imposición de sanción, que es la figura en la que se enmarcaría la penalidad establecida en el ítem 3 del Cuadro de Penalidades; precisa a su vez que, su posición se encuentra respaldada por opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE.
- 3.3. La normativa de Contrataciones del Estado establece la posibilidad de considerar penalidades distintas a la penalidad por mora, siendo que, las mismas deben cumplir con ser idóneas y razonables para disuadir la actuación que pretenden evitar que efectúe el Contratista. Ahora bien, de una revisión del Cuadro de Penalidades establecidas en el Contrato, podemos observar que las penalidades establecidas en los ítems 3 y 4 tienen una finalidad disuasiva para el atraso en la ejecución de la prestación, si tenemos en cuenta que el Contrato sub litis establece prestaciones periódicas traducidas en la entrega de cuatro (4) informes. Bajo esa línea de pensamiento, tenemos que la penalidad aplicada por la demora en subsanar las observaciones realizadas -en este caso a dos de las prestaciones periódicas- Informe N°02 y 03, se trata de una penalidad por mora.
- 3.4. Se trata de una penalidad por mora encubierta, toda vez que, tiene la misma finalidad de disuadir el atraso en la ejecución de la prestación (periódica) contenida en el contrato sub

litis; puesto que, de no subsanarse las observaciones realizadas a alguno de los informes presentados por el Consorcio, la Entidad no otorgaría la conformidad correspondiente y menos tendría por cumplido y/o ejecutado el objeto del Contrato.

- 3.5. Ahora bien, si bien el Contratista no efectuó -dentro del plazo establecido en la convocatoria- con observar las Bases en el extremo referido a la penalidad cuestionada, ¿es esta factible de ser avalada y por ende aplicable? Para responder dicha interrogación, debemos tener en cuenta que **nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso del derecho**, pues con ello, se busca no amparar acciones descritas como actos abusivos que transgreden la buena fe, la equidad, la finalidad económico-social de las instituciones jurídicas, en tanto que la superación de los límites impuestos por tales principios y valores supone que el titular del derecho lo está usando -o no usando- de una manera irregular, anormal, lo que puede significar una amenaza o, de hecho, un perjuicio a un interés ajeno no tutelado por una expresa norma jurídica.³ En tal sentido, **no puede ampararse la aplicación de una penalidad que, en virtud de lo dispuesto en una norma flexible⁴, busca encubrir una penalidad por mora, sin que en esta se haya considerado para su aplicación la condición previa de la existencia de un "retraso injustificado" atribuible al Contratista.**
- 3.6. Por otro lado, no puede dejar de valorarse que la normativa aplicable al contrato, establece en el acápite I) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, que las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que le corresponden al estado en la gestión del interés general. Ante ello, se tiene que no resulta proporcional con las obligaciones asumidas por el Consorcio, que a este se le imponga un doble castigo por retraso en el cumplimiento de la prestación a su cargo.
- 3.7. Así las cosas, podemos advertir de una lectura simple que la penalidad establecida en el ítem 3)⁵ del Cuadro de Penalidades establecido en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato sub litis, equivalente al 0.9 de una UIT por día o por ocurrencia, no tiene condicionante alguno, al tratarse de una penalidad de aplicación automática. En dicho sentido, esta penalidad por mora [encubierta] resulta en una doble imposición para el Contratista, infringiendo la característica necesaria de idoneidad y razonabilidad que debe ostentar, en tanto no se analiza si el retraso incurrido por el Contratista se encuentra injustificado o no, situación que si es prevista en el artículo 165° del Reglamento.

³ FERNÁNDEZ SESAREGO, Carlos. "Abuso del derecho". Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 24

⁴ Dado que el artículo 166° del Reglamento no establece un *numerus clausus* de las posibles penalidades que puede considerar aplicar una Entidad, de acuerdo al Contrato que va a suscribir; siempre y cuando sean distintas a la penalidad por mora.

⁵ "No cumple con la subsanación de Observaciones en el plazo establecido, registradas en el cuaderno de proyectos/ intervención social, Actas de reunión y/o cartas remitidas".

Por estas consideraciones, resulta inválida la aplicación de la penalidad establecida en el ítem 3) del cuadro de penalidades establecido en la cláusula décimo tercera del contrato sub litis.

Respecto del retraso en la subsanación de observaciones efectuadas en los Informes N°02 y 03:

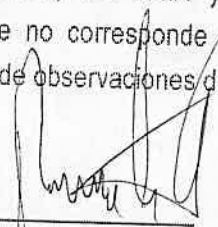
- 3.8. Sin perjuicio de lo señalado en los puntos que anteceden, donde se deja claro la invalidez de la penalidad establecida en el ítem 3), es conveniente emitir pronunciamiento sobre el sustento esbozado por las partes, respecto de las penalidades aplicadas por la demora en la subsanación de observaciones efectuadas a los Informes N°02 y 03.
- 3.9. Del los argumentos expuestos por ambas partes, podemos extraer que la Entidad aplica penalidad sustentando que el Consorcio no cumplió con levantar las observaciones realizadas a los Informes N°02 y 03 dentro del plazo consignado en las Bases, esto es dentro de los 10 días calendario de comunicado dichas observaciones. En contraste, el Consorcio señala que era la Entidad quien no cumplió con efectuar las observaciones dentro del plazo contractual, infringiendo muchas veces en demasía el plazo de 10 días calendario que estaba previsto, retrasando de esta forma la conformidad (aprobación) de tales informes; asimismo, señala que muchas de las observaciones efectuadas por la Entidad no correspondían al estadio de la ejecución del contrato.
- 3.10. Realizando un paréntesis, se debe precisar previo al desarrollo de la postura adoptada que la demora en la aprobación de los informes bajo revisión no se debe únicamente al atraso en la subsanación de observaciones efectuadas a los Informes N°02 y 03, sino al atraso por parte de la Entidad en la formulación y comunicación de dichas observaciones, conforme se advierte del acervo documentario que obra en autos. Cabe precisar que tal afirmación se efectúa sin haberse realizado un análisis de la existencia o inexistencia de la justificación que corresponde al atraso mencionado.
- 3.11. Ahora bien, analizado las posiciones de ambas partes, contrastado con los hechos descritos y lo señalado en el numeral 15 de los TDR's, estos últimos establecen el contenido de los informes a presentar y el porcentaje del avance, se puede advertir que la Entidad efectuó observaciones a los Informes N°02 y 03 que no correspondían ser formuladas por el estadio en que se encontraba la ejecución del Estudio a nivel de factibilidad. Así tenemos pues que, la Entidad formulaba observaciones referidas a puntos que ya habían sido materia de evaluación en un informe anterior o respecto de objetivos que debían ser desarrollados en el informe posterior.
- 3.12. Un ejemplo de lo señalado en el punto anterior es detallado por el Contratista, a través de la documentación presentada en el presente proceso arbitral, señalando que la Entidad

efectuaba observaciones referidas a Costos (Presupuesto) y Evaluación Económica correspondientes al Informe N° 4, requiriendo antes de tiempo la ejecución de prestaciones establecidas para el informe final. Tales observaciones evidentemente, carecen de sustento técnico y contractual, por lo que no pueden ser avaladas; en ese sentido, el no cumplimiento de subsanación de observaciones dentro del plazo convenido, se ve justificado por la imposibilidad que tenía el Contratista para poder levantar dichas observaciones.

- 3.13. Aunado a la situación descrita, es relevante considerar que la negligente elaboración de las Bases, en específico de los TDR's, y la entrega del Estudio a nivel de perfil erróneo (con información desactualizada), generó la imposibilidad que el Consorcio pudiera cumplir dentro del plazo contractual con subsanar las observaciones efectuadas a los Informes N°02 y 03. Razón por la cual, resulta evidente entonces que, la demora sobre la cual impone penalidad la Entidad, no es generada por responsabilidad imputable al Consorcio; en tal sentido, carece de sustento la misma.

Por las consideraciones expuestas, **SE RESUELVE:**

1. Declarar **FUNDADAS** las pretensiones QUINTA y OCTAVA de la demanda. En consecuencia, se declara que el mayor plazo requerido para la presentación del Informe N°02, así como el mayor plazo requerido para la aprobación del Informe N° 03, no resulta atribuible al Consorcio; y en cuanto a las observaciones efectuadas al Informe N°03, estas no correspondían a la secuencia técnica del servicio.
2. Declarar **FUNDADAS** las pretensiones CUARTA, SÉPTIMA y DECIMO PRIMERA de la demanda. En consecuencia, se declara que no corresponde imponer al Consorcio "otras penalidades" por demora en el levantamiento de observaciones de los informes N° 02 y 03.



Alejandro Acosta Alejos
Árbitro