

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE:

ConSORCIO Proyectos Lima (en adelante, CONSORCIO o el demandante).

DEMANDADO:

**EMPRESA DE SERVICIO DE AGUA POTABLE Y
ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL** (en adelante, SEDAPAL o el demandado).

TIPO DE ARBITRAJE:

Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL:

Presidente: Marco Antonio Martínez Zamora

Árbitro: César Augusto Ochoa Cardich

Árbitro: Ada Gabriela Anaya Ramírez

SECRETARIA ARBITRAL:

Silvia Rodríguez Vásquez

NÚMERO DE FOLIOS :

AGOSTO DE 2018

DECISIÓN N° (09)

En Lima, al día 27 de septiembre del año dos mil dieciocho, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL, DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

1.1 El Convenio Arbitral:

Contenido en la **CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA – SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**, del Contrato N° 347-2016-SEDAPAL de fecha 18 de octubre de 2016, en adelante, el CONTRATO.

1.2 Fijación de reglas:

Con fecha 5 de febrero de 2018, se emitió la Decisión N° 1 mediante la cual se fijaron las reglas del presente proceso sin haber existido objeción por las partes y de conformidad con el Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL:

1. Será de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.
2. En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

III. ACTUACIONES PROCESALES

3. Mediante Resolución N° 1, de fecha 5 de febrero de 2018, se estableció un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de demanda, Reconvención y Contestaciones a ambas partes. Se detalló que el presente arbitraje será financiado en su totalidad por el CONSORCIO, como así lo estipula el CONTRATO.



4. Mediante Resolución N° 3, de fecha 21 de marzo del 2018 se le otorgó a SEDAPAL un plazo de cinco (5) días para poder subsanar su contestación de demanda.
5. Mediante Resolución N°4, de fecha 4 de abril de 2018 se tuvo por ampliada la contestación de demanda de SEDAPAL y se suspendió el proceso por falta de pago.
6. Mediante Resolución N° 6, de fecha 29 de mayo de 2018, el Tribunal Arbitral levantó la suspensión del proceso y determinó las cuestiones controvertidas del presente proceso. Por último, citó a las partes a la Audiencia Única el día 12 de junio de 2018.
7. Mediante Acta Única de Tribunal Arbitral, suscrita con fecha 12 de junio de 2018, se dejó constancia de la inasistencia de SEDAPAL pese a encontrarse válidamente notificada conforme obran en los cargos del expediente.

IV. ANTECEDENTES

De la Demanda Arbitral presentada por el CONSORCIO con fecha 19 de febrero de 2018.

8. Como parte de su demanda arbitral, el Consorcio plantea las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral, luego de analizar los fundamentos de hecho y derecho, declare la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 145-2017-GPO, entregada con Carta N° 839-2017-EGP-S de fecha 19 de junio de 2017, mediante la cual SEDAPAL denegó la solicitud de ampliación de plazo N° 02 por ciento cincuenta y un (151) días calendarios.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene a SEDAPAL aprobar la ampliación de plazo por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios, solicitada a la Entidad mediante Carta N° 089-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL y rechazada mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 145-2017-GPO de fecha 16 de junio de 2017.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene a SEDAPAL el pago de los gastos generales y el costo directo debidamente cuantificado como consecuencia directa de la ampliación de plazo solicitada.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia de las penalidades aplicadas mediante Cartas N° 750-2017-EGP-S, 901-2017-EGP-S y 886-2017-EGP-S, por estar vinculadas a

la aprobación de la ampliación de plazo N° 02 por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios.

9. Para los efectos, el demandante sostiene lo siguiente:

- 9.1. Como resultado del C.P N° 0068-2016-SEDAPAL, el 18 de octubre de 2016 se suscribió el Contrato N° 347-2016-SEDAPAL, bajo la modalidad a suma alzada, entre SEDAPAL y el CONSORCIO PROYECTOS LIMA (Conformado por: HM INGENIEROS CONSULTORES S.A., VICTOR MARTÍN CHINCHAY BARRAGÁN y S&M INGENIERÍA CONSTRUCCIONES Y MEDIO AMBIENTE S.A.C.).

El monto del contrato fue por la suma de S/. 2'327,500.55 (Dos Millones Trescientos Veintisiete Mil Quinientos y 55/100 Soles) incluido IGV (con precios vigentes al mes de abril de 2016) y su objeto fue la "Complementación del Estudio Definitivo y Expediente Técnico del Proyecto: Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado para el Esquema Los Álamos de Monterrico – Sectores 296 y 297 – Distrito de Surco" estableciendo como plazo contractual para el servicio de Consultoría 210 días calendarios.¹

- 9.2. De acuerdo a la Cláusula Quinta del Contrato, el plazo contractual fue de 210 días calendarios, dividido en la presentación de seis (6) Informes de Avance y el Expediente Técnico; es decir, un total de siete entregables a ser presentados cada treinta (30) días calendarios, sin contar los plazos de observaciones ni levantamiento de estas.

Fecha de Inicio Contractual:	28.OCT.2016
Plazo Contractual :	210 días calendarios
Término Contractual:	25.MAY.2017

- 9.3. Con carta N° 031-2016/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 28.11.2016, presentó Informe de Avance N° 1, el mismo que obtuvo la conformidad por SEDAPAL mediante la carta N° 1418-2016-EGP-S, recibida el 06.12.16.
- 9.4. Con carta N° 050-2016/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 26.12.16, presentó el Informe de Avance N° 2 siendo observado por SEDAPAL mediante la carta N° 014-2017-EGP-S recibida el 03.01.17.
- 9.5. Con carta N° 004-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 10.01.17, sostiene que levantó las observaciones formuladas por SEDAPAL; no obstante, mediante la carta N° 93-2017-EGP-S, recibida el 25.01.17, la Entidad reitera observaciones al Informe de Avance N° 2.
- 9.6. Con carta N° 015-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 25.01.17, el CONSORCIO sostiene que levantó las observaciones reiteradas al Informe

¹ Ver imagen de la Demanda de CONSORCIO. (IV.A.2)

de Avance N° 2 siendo que, mediante carta N° 192-2017-EGP-S del 15.02.17, SEDAPAL le otorgó conformidad al Informe de Avance N° 2.

- 9.7. Con carta N° 011-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 25.01.17, el CONSORCIO sostiene que hizo entrega del Informe de Avance N° 3. Dicho informe fue observado por SEDAPAL mediante carta N° 121-2017-EGP-S de fecha 01.02.17.
- 9.8. Con carta N° 019-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 08.02.17, el CONSORCIO sostiene que levantó las observaciones formuladas contra el Informe de Avance N° 3. En esa línea, sostiene que mediante carta N° 260-2017-EGP-S del 27.02.17, SEDAPAL otorgó la conformidad al Informe de Avance N° 3.
- 9.9. Con carta N° 027-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 24.02.17, el CONSORCIO sostiene que hizo entrega de Informe de Avance N° 4 siendo observado mediante la carta N° 299-2017-EGP-S del 06.03.17.
- 9.10. Con carta N° 032-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL remitida el 13.3.17, el CONSORCIO refiere que levantó las observaciones formuladas contra el Informe de Avance N° 4. No obstante, con carta N° 425-2017-EGP-S del 28.03.17, SEDAPAL reitera observaciones a dicho Informe.

Junto a la reiteración de las observaciones, SEDAPAL realizó un "pre aviso", por el cual, de no cumplir con subsanar las observaciones reiteradas dentro del plazo conferido, se aplicarían las penalidades de acuerdo a la tabla establecida en el Contrato.²

- 9.11. Con carta N° 049-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL remitida el 03.04.17, se levantaron las observaciones reiteradas al Informe de Avance N° 4. No obstante, mediante la carta N° 535-2017-EGP-S del 19.04.17, SEDAPAL volvió a reiterar observaciones la Informe de Avance N° 4 y aplicó penalidades.

Al respecto sostiene que, en cumplimiento de la forma, sin analizar si los hechos fueron objetivos y razonables, la Entidad aplicó las "otras penalidades" descritas en el numeral 3 de la tabla de penalidades.³

- 9.12. Con carta N° 058-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 19.04.17, el CONSORCIO presentó su levantamiento de observaciones al Informe de Avance N° 4, siendo que finalmente SEDAPAL le otorgó la conformidad del mismo, mediante la carta N° 646-2017-EGP-S del 09.05.17.
- 9.13. Con carta N° 041-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, presentada el 27.03.17, el CONSORCIO hizo entrega del Informe de Avance N° 5. Dicho informe fue observado por SEDAPAL mediante la carta N° 467-2017-EGP-S del 04.04.17.

² Ver imagen IV.A.10 de la Demanda formulada por CONSORCIO.

³ Ver imagen IV.A.11 de la Demanda formulada por CONSORCIO.

- 9.14. Con carta N° 055-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 11.04.17, el CONSORCIO refiere que levantaron las observaciones formuladas al Informe de Avance N° 5, pese a lo cual - mediante la carta N° 606-2017-EGP-S - SEDAPAL reitera observaciones al Informe de Avance N° 5 y realiza el pre aviso.
- 9.15. Con carta N° 065-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL remitida el 09.05.17, el CONSORCIO refiere que levantó nuevamente observaciones al Informe de Avance N° 05. Pese a ello, mediante carta N° 750-2017-EGP-S del 26.05.17, SEDAPAL reitera, nuevamente observaciones al Informe de Avance N° 5, así como aplica penalidades.
- 9.16. Con carta N° 090-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 13.06.17, el CONSORCIO refiere que se levantaron las observaciones reiteradas al Informe de Avance N° 5. Pese a ello, mediante carta N° 901-2017-EGP-S, recibida el 28.06.17, SEDAPAL volvió a formular observaciones, aplicando nuevamente "otras penalidades".
- 9.17. Con carta N° 054-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 06.04.17, el demandante refiere que consultó a la Entidad sobre la modificación de la Proyección de la Demanda por la obra ejecutada por terceros: "Conjunto Residencial Alto Mirador, Buonavista II y Positan", cuya estimación no fue considerada como parte del servicio.

No obstante, según lo conversado en la reunión llevada a cabo el 02.04.17, SEDAPAL recomendó incluir la demanda de dicha obra ejecutada por terceros. Ante dicha consulta, mediante la carta N° 631-2017-EGP-S de fecha 04.05.17, SEDAPAL le confirmó que se debía incluir en el cálculo de la demanda el aporte de las obras ejecutadas por terceros.

- 9.18. Mediante las observaciones realizadas al Informe de Avance N° 5, el CONSORCIO señala que SEDAPAL lo exhortó a modificar y/o actualizar los diseños tomando en consideración el nuevo cálculo de la Demanda, con lo que se modifican los diseños realizados desde la presentación de Informe de Avance 3 en adelante.
- 9.19. Mediante la carta N° 060-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 26.04.17, dentro del plazo contractual, el CONSORCIO señala que hace entrega del Estudio Definitivo o Informe de Avance N° 6. Dicho informe fue observado mediante carta N° 654-2017-EGP-S, recibida el 11.5.17.
- 9.20. Mediante carta N° 086-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 26.05.17, levantan las observaciones al Informe de avance N° 6. Sin embargo, mediante la carta N° 840-2017-EGP-S, SEDAPAL formula nuevamente observaciones al Informe de Avance 6 o Estudio Definitivo, así como efectúa el pre aviso de aplicación de "otras penalidades".

9.21. Mediante la carta N° 095-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 27.06.17, el CONSORCIO alega que levantó las observaciones reiteradas al Estudio Definitivo. Sin embargo, SEDAPAL vuelve a reiterar observaciones y aplica penalidades, mediante carta N° 991-2017-EGP-S, recibida el 24.07.17.

9.22. Mediante la carta N° 089-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 06.06.17, el CONSORCIO presentó una Solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por la modificación del cálculo de la demanda (como consecuencia de la modificación de los Informes previamente presentados y aprobados).

Dicha solicitud de Ampliación de Plazo fue denegada por SEDAPAL, mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 145-2017-GPO, entregada con Carta N° 839-2017-EGP-S de fecha 19.06.17.

9.23. Mediante la carta N° 085-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, remitida el 26.05.17, el CONSORCIO refiere que hizo entrega del Expediente Técnico o Informe de Avance N° 7. Dicho proyecto consistía en la elaboración de un estudio definitivo y expediente técnico.

Para la elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico (Informes de Avance 6 y 7, respectivamente), se debieron presentar avances previos de los estudios a realizar, según los Términos de Referencia y según el cronograma contractual aprobado.

9.24. Sostiene que, en la presentación de Informe de Avance 2, el Consultor debía entregar al 40% las actividades de "diseño de los sistemas de agua potable y alcantarillado", lo cual representa la realización de las actividades específicas de agua potable (Proyección de la demanda, ubicación de las estructuras y determinación de zonas de presión) y alcantarillado (Determinación de áreas de drenaje, reconocimiento de los tramos críticos y avance del diseño de los colectores).

9.25. Conforme a lo expuesto, las actividades señaladas en el Informe de Avance 2, son la base sobre la cual se realizarían los estudios del proyecto. En el Cuadro N° 01 de los Términos de Referencia, Título "Diseño de Agua Potable y Alcantarillado", debía entregar el 100% de la Proyección de la Demanda, para continuar con el Modelamiento Hidráulico que es la actividad derivada del mismo componente (Diseño de Agua Potable y Alcantarillado), pero correspondiente al Informe de Avance 3.

Para poder realizar el Modelamiento Hidráulico, se debe tener la Proyección de la Demanda aprobada.

9.26. El CONSORCIO alega que el Cálculo de la Demanda se adjuntó en el TOMO I, donde se presentó una demanda de Qmh para toda el área de influencia, siendo esta de 690.70 Ips. SEDAPAL aprobó dicho Informe de



Avance 2, luego de dos rondas de observaciones, por lo que, los estudios posteriores se realizaron según la Demanda aprobada en el Informe de Avance 2.

- 9.27. Por otro lado, sostiene que, durante la ejecución del Proyecto, luego de la aprobación del Informe de Avance 2 y tras haber presentado el Informe de Avance 3, tomó conocimiento de la Ejecución de una Obra de Terceros "PROYECTO CONJUNTO RESIDENCIAL BUONAVISTA", que cuenta con un Reservorio de 800 m3, el cual no fue considerado en el Diseño de Agua Potable desarrollados en los Informes de Avance 2 y 3.

Asimismo, alega que dicha obra ejecutada por terceros, cuenta con un sistema de bombeo de desagües en la zona del proyecto, lo cual estaría afectando también los diseños de Redes de Alcantarillado; por lo que, se evidencia que esta obra ejecutada por terceros, modificaría los diseños tanto de agua potable y alcantarillado.

- 9.28. En ese sentido, considera de relevancia que esta obra ejecutada por terceros "PROYECTO CONJUNTO RESIDENCIAL BUONAVISTA", no fue considerado en el Perfil del Proyecto. Del mismo modo, mediante la Carta N° 023-2016/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, recibida por SEDAPAL el 11.11.16, solicitaron a SEDAPAL la Información Base para la elaboración del Estudio Definitivo (Obras en ejecución, Obras Proyectadas, Factibilidades de Proyectos Inmobiliarios – ejecutados por terceros), por lo que consideran que dicha Entidad no le entregó información sobre la referida obra ejecutada por terceros.

Por lo señalado, pusieron en conocimiento del suceso a SEDAPAL, por lo que al aprobar el Informe de Avance 3, dicha Entidad dispuso reservarse la aprobación del Diseño de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado para el Informe de Avance 4, toda vez que la Obra Ejecutada por Terceros podría modificar la Proyección de la Demanda aprobada.

- 9.29. Mediante Carta N° 054-2017/CPL CP 0068-SEDAPAL, remitida el 06.04.17, el CONSORCIO solicitó una confirmación por parte del demandado respecto a la inclusión de la Demanda del diseño de la Obra Ejecutada por Terceros, el mismo que modificarían los Diseños presentados hasta la fecha.
- 9.30. Mediante Carta N° 631-2017-EGP-S del 05.05.17, SEDAPAL confirma que la Demanda de la Obra Ejecutada por Terceros deberá ser incluida en la Proyección de la Demanda del Proyecto ejecutado por CONSORCIO.
- 9.31. Por todo lo anterior, el CONSORCIO alega que SEDAPAL al revisar el Informe de Avance 4, observó hasta en dos oportunidades la no inclusión de la Proyección de la Demanda de la Obra Ejecutada por Terceros, por lo que, mediante Carta N° 646-2017-EGP-S, recibida el 09.05.17, SEDAPAL otorgó Opinión Favorable al referido Informe de Avance 4, con lo que se aprueba

de manera definitiva la Proyección de la Demanda, tomando en consideración la Obra Ejecutada por Terceros.

9.32. En síntesis, el CONSORCIO manifiesta lo siguiente:

- i) SEDAPAL aprobó el Informe de Avance 2 y, con él, la Proyección de la Demanda, la que se realizó con los documentos entregados por la propia Entidad.
- ii) En el marco de sus obligaciones, dio cuenta de la existencia de una Obra Ejecutada por Terceros en la zona del Proyecto y puso en conocimiento de la Entidad.
- iii) SEDAPAL, teniendo en consideración la información entregada por el Consultor, dispuso que la Demanda de la Obra Ejecutada por Terceros sea tomada en cuenta para el Proyecto, con lo que se modificó la Demanda proyectada y, por consiguiente, se modifican los diseños hasta esa fecha realizados y presentados.
- iv) SEDAPAL se reservó la aprobación de la Proyección de la Demanda Final (teniendo en cuenta la Obra Ejecutada por Terceros), hasta la aprobación del Informe de Avance 4; es decir, luego de realizados los estudios correspondientes a los Informes de Avance 3; 4 e incluso el 5, 6 y 7 que se habían presentado a la fecha.
- v) Producto de la modificación de la Demanda Final, se deberán realizar nuevamente los estudios correspondientes a los Informes de Avance 3, 4, 5, 6 y 7, los cuales se encuentran descritos en el Cuadro N° 01 de los Términos de Referencia.

9.33. A partir de lo señalado, el CONSORCIO presentó la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 por (151) días calendarios, tiempo que alega, le tomaría rediseñar los planos de los estudios comprendidos para los informes de Avance N° 3, 4, 5, 6 y 7.

9.34. Para ello, sostiene que no tiene responsabilidad por los atrasos en la aprobación de la Demanda, pues por el contrario, facilitó información respecto a Obras Ejecutadas por Terceros, viéndose afectado por los retrasos en la aprobación de la demanda pues debía rediseñar todos los componentes del Proyecto.

Ello dio lugar a que la Entidad formule reiteradas observaciones y penalidades a los informes presentados. Así, el demandante alega que la Proyección de la Demanda se realizó sobre la base de los documentos entregados por SEDAPAL, requeridos oportunamente por el Consultor, incluyendo el Perfil. Agrega que, pese a que solicitó la factibilidad de Obras

Ejecutadas por Terceros, esta no le fue entregada, por lo que llevó a cabo sus cálculos iniciales, sobre la base de los documentos entregados.

- 9.35. Sostiene el CONSORCIO que, recién con posterioridad a la presentación y aprobación del Informe de Avance 2, habría tomado conocimiento de la obra de terceros y, después aún, de los datos específicos sobre su demanda, lo que no le resultaría imputable a su parte, sino a la Entidad, que debió entregar oportunamente toda la información sobre obras ejecutadas por terceros en la zona del proyecto.
- 9.36. Respecto de la segunda pretensión principal, el CONSORCIO sostiene que la demora en la aprobación de la Demanda Final, originó la modificación de todos los informes presentados, lo que es imputable a la Entidad. Por ello, debe aplicarse lo establecido en el art. 34º de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el art. 140º del Reglamento, correspondiente a amparar por pretensión de ampliación de plazo por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.
- 9.37. Para los efectos, sostiene que la solicitud de ampliación de plazo fue presentada dentro del plazo de siete (7) días establecidos en la norma, contados desde el cese de la causal que se dio con la recepción de la Carta N° 750-2017-EGP-S, el pasado 26.05.17, siendo que la afectación a la ruta crítica comprendería desde el 27.12.17 hasta el 26.05.17 (151 días calendarios).
- 9.38. Respecto, de la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal, el CONSORCIO señala que, de conformidad con el quinto párrafo del art. 140 del Reglamento, al haber acreditado objetivamente la procedencia y fundamentación de la Ampliación de Plazo N° 02 por 151 días calendarios, consideran que les correspondería el pago de los gastos generales debidamente acreditados adjuntando el sustento del mismo por los 151 días calendarios de ampliación de plazo.
- 9.39. En cuanto a la tercera pretensión principal, el CONSORCIO sostiene que las penalidades aplicadas mediante Cartas N° 750 y 901- EGP-S, se aplican en atención a la Tabla de Penalidades – Punto 3; por no levantar o levantar parcialmente las observaciones formuladas al Informe de Avance 5, en esa línea:
 - a) Con la Carta N° 750-EGP-S, SEDAPAL revisa de forma integral todos los componentes, teniendo en consideración la Demanda Aprobada (que cuenta con la Obra Ejecutada por Terceros).
 - b) Así, dicha carta representaría en los hechos la primera revisión de todos los componentes presentados hasta ese momento.

- c) Siendo que las penalidades siempre deberán ser objetivas y razonables, aplicar penalidades en la primera revisión resulta arbitrario; ergo, inválidas, más aún si para la aplicación de esa penalidad en específico resulta un elemento objetivo que el Consultor no subsane observaciones previamente realizadas.

No obstante, la Carta N° 750-EGP-S contiene las primera observaciones desde la aprobación de la demanda final.

- d) Tomando como base la Carta N° 750-2017-EGP-S, que serían las primeras observaciones al Informe de Avance 5, las observaciones, formuladas mediante Carta N° 901-2017-EGP-S, representan la primera ronda de observaciones reiteradas; por lo que, correspondería realizar el Pre Aviso y no aplicar penalidades.

- 9.40. Por otro lado, refiere el CONSORCIO que, según la referida Carta N° 750-2017-EGP-S en la que SEDAPAL ordenaría la modificación de todos los componentes del Proyecto teniendo en conocimiento de la nueva demanda aprobada, contaba aun con 151 días calendarios adicionales para rediseñar los planos, sin penalidades atribuidas a ellos y plazo oportuno para hacer entrega del Expediente Técnico.

Contestación de Demanda Arbitral presentada por SEDAPAL con fecha 19 de marzo de 2018.

10. Como sustento de su contestación a la demanda, la Entidad sostiene lo siguiente:

- 10.1. Con Carta N° 089-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, del 06.06.2017, el CONSORCIO solicitó Ampliación de Plazo N° 02 por 151 días calendario, invocando como causal una supuesta demora en la aprobación de la proyección de la demanda de los servicios de agua potable y alcantarillado, presentada en el Informe de Avance N° 02 y observada en ese entonces hasta el Informe N° 04.

Dicho pedido de ampliación de plazo, se efectuó invocando el numeral 2 del artículo 140º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 10.2. La Ampliación de Plazo N° 02 por 151 días calendario fue denegada por SEDAPAL mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 145 - 2017-GPO, de fecha 16.06.2017, por los fundamentos que expone en la Contestación de la demanda.⁴

- 10.3. Con respecto a la primera pretensión del CONSORCIO, SEDAPAL señala lo siguiente:

⁴ Ver imágenes II.2 (Contestación de la demanda otorgada por SEDAPAL).

- a) El Consorcio solicita que se declare la ineeficacia y/o invalidez y/o nulidad de la Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 145-2017-GPO, entregada con Carta N° 839-2017-EGP-S de fecha 19 de junio de 2017.
 - b) Considera que no es posible declarar la ineeficacia y/o invalidez de dicha Resolución.
 - c) Asimismo, la Resolución de Gerencia General N° 145-2017-GPO no adolece de vicio alguno que conlleve a su nulidad, sino por el contrario cumplió con todos los presupuestos de Ley para denegar válidamente y de forma motivada el pedido de ampliación de plazo incoado por el Consorcio.
- 10.4. Por otro lado, SEDAPAL señala que la Resolución de la Gerencia General N° 145-2017-GPO constituye un acto administrativo y le son aplicables las causales de nulidad establecidas en el artículo 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.
- 10.5. En ese sentido, SEDAPAL alega que la resolución bajo análisis ha sido expedida conforme a las facultades conferidas en la Ley de Contrataciones del Estado, siendo que no contraviene ni la Constitución ni al Reglamento de Contrataciones del Estado. Asimismo, señala que se ha cumplido con los requisitos de validez del acto administrativo conforme a lo establecido en el artículo 30° de la Ley N° 27444. Cabe precisar que SEDAPAL señala a la Gerencia de Proyectos y Obras de SEDAPAL como la autoridad máxima administrativa y la autoridad competente para expedir la Resolución N° 145-2017-GPO.
- 10.6. Asimismo, SEDAPAL señala que, del contenido de la Resolución N° 145-2017-GPO se puede determinar claramente sus efectos jurídicos, es decir, la denegación de la Ampliación de Plazo N° 2 y se encuentra debidamente motivada, conforme se aprecia en los considerandos que la sustentan y ha sido expedida dentro del procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 10.7. En ese orden de ideas, SEDAPAL señala que al denegar la ampliación de plazo parcial N° 02, al Consorcio se ajusta a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues CONSORCIO no acreditó los requisitos para la obtención de tal derecho.
- 10.8. SEDAPAL afirma que ninguna de las causales de nulidad del acto administrativo se podría aplicar sobre la Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 145-2017-GPO y, por tanto, dicha resolución no adolece de nulidad.

10.9. Como respuesta a la segunda pretensión realizada por CONSORCIO, SEDAPAL sostiene lo siguiente:

- a) El Consorcio solicita la ampliación N° 02 invocando como causal el numeral 2), atrasos no imputables al Consultor, señalado en el artículo 140º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 30225; dicha solicitud se sustenta en la supuesta demora de la Entidad en la aprobación de la demanda del proyecto.
- b) Conforme el numeral 34.5 del artículo 34º de la Ley de Contrataciones del Estado, el Contratista puede solicitar ampliación de plazo debido atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual. (el resaltado y subrayado es agregado).
- c) Para el presente contrato de consultoría, el artículo 140º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece las causales para la procedencia de la ampliación, como también el artículo 175º del Reglamento señala los plazos para el pedido de esta.
- d) La ampliación de plazo N° 02 presentada por el Consorcio, fue presentada dentro del plazo de la norma, mas no tuvo sustento de fondo.
- e) En el caso se aprecia que el hecho que motiva la solicitud de aprobación de la Ampliación de Plazo N° 02, es imputable solo al Consultor, al no haber sustentado óptimamente el cálculo de la demanda en la presentación de su Informe de Avance N° 02, motivo por el cual SEDAPAL observe este incumplimiento y ante la duración del mismo, penalice la infracción y requiera el cumplimiento de esta obligación, hecho éste que se verificó en la revisión del Informe de Avance N° 04 por el cual ésta causal no pueda ser válidamente invocada para la Ampliación de Plazo N° 02, por dos razones:
 - o Porque el atraso no solo no es ajeno a la voluntad del Consultor, sino que se ha debido a causas atribuibles a su parte, por tanto, no cumple el presupuesto legal previsto en el Artículo 34º numeral 34.5 de la Ley de Contrataciones del Estado; y
 - o Porque tampoco cumple con el presupuesto legal señalado en el Artículo 140º numeral 2) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

V. DETERMINACIÓN DE CUESTIONES CONTROVERTIDAS

11. Mediante Decisión N° 6, se determinaron las cuestiones controvertidas de conformidad, de acuerdo a lo siguiente:



Primera cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la Resolución de Gerencia de proyectos y Obras N° 145-2017-GPO, entregada con Carta N° 839-2017-EGP-S de fecha 19 de junio de 2017, mediante la cual SEDAPAL denegó la solicitud de ampliación de plazo N° 2 por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios.

Segunda cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a SEDAPAL aprobar la ampliación de plazo por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios solicitada a SEDAPAL mediante Carta N° 089-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL y rechazada mediante Resolución de Gerencia de proyectos y Obras N° 145-2017-GPO de fecha 16 de junio de 2017

- Respecto de la segunda cuestión controvertida, corresponde determinar si corresponde o no que SEDAPAL pague los gastos generales y el costo directo debidamente cuantificado como consecuencia directa de la ampliación de plazo solicitada

Tercera cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia y/o invalidez de las penalidades aplicadas mediante Cartas Nros 750-2017-EGP-S, 901-2017-EGP-S y 886-2017-EGP-S, por estar directamente vinculadas a la aprobación de la ampliación de plazo N° 2 por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios.

Cuarta cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine a cuál de las partes corresponde pagar las costas y costos arbitrales.

Con relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes, el Tribunal Arbitral dispone admitir los medios probatorios siguientes:

A. Respecto a la demanda arbitral presentada el 19 de febrero de 2018:

- Los documentos ofrecidos como medios probatorios en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS", consignados en los anexos del 1-A al 1-SS.

B. Respecto a la contestación de demanda arbitral presentada el 19 de marzo de 2018 y su subsanación de fecha 2 de abril de 2018:

- Los documentos ofrecidos en el acápite "III. MEDIOS PROBATORIOS" de la contestación de la demanda y consignados en el escrito de subsanación de fecha 2 de abril de 2018, consignados en los anexos B-1 al B-13

VI. AUDIENCIA ÚNICA

12. Con fecha 12 de junio de 2018 se realizó la Audiencia Única sobre la Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones con la presencia del doctor Marco Antonio Martínez Zamora, en calidad de presidente del Tribunal Arbitral, del doctor César Ochoa Cardich y la doctora Ada Gabriela Anaya Ramírez, en calidad de árbitros, y el abogado José Carlos Taboada Mier, en calidad de Secretario Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante el CENTRO); con la asistencia del CONSORCIO. Se dejó constancia de la inasistencia de SEDAPAL pese a encontrarse válidamente notificado el día 2 de julio de 2018.

VII. CONSIDERANDOS:

VII.1 Cuestiones preliminares

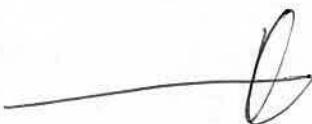
13. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes;
- ii) En momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
- iii) El CONTRATISTA presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto, así como su escrito de ampliación de demanda;
- iv) La ENTIDAD fue debidamente emplazado con la demanda, la misma que contestó, así como el escrito de ampliación de demanda;
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios. Asimismo, las partes presentaron sus alegatos por escrito.
- vi) Las partes tuvieron oportunidad de informar oralmente al Tribunal Arbitral en la audiencia convocada con tal fin.
- vii) Que el análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Tribunal Arbitral, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso, habiéndose tenido en cuenta en su integridad, aún en caso de no ser expresamente mencionada en el análisis;

- viii) Que los hechos a los que se refiere el análisis el caso son los establecidos en los Antecedentes en concordancia con la información que obra en el expediente del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente Laudo Arbitral;
- ix) El Tribunal Arbitral, conforme lo establecido en el Artículo 139º numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza;
- x) Sin perjuicio de lo mencionado en el acápite precedente, se debe tener en consideración lo expresado en el numeral 2.2.2 de la Opinión Nº 107-2012-DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales, en el sentido de que la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no regula las relaciones contractuales de las Entidades Públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar⁵, de modo tal que, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de Contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley Nº 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.
- xi) En el análisis de las pretensiones, el Tribunal Arbitral se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la solución de las controversias contenidas en los puntos controvertidos del presente caso arbitral;
- xii) El Tribunal Arbitral está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

⁵ "Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las PEIHAPes.
2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.
3. Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley."



14. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

VII.2.-NORMA APLICABLE

15. De acuerdo a la fecha de convocatoria del procedimiento de selección del cual deriva el contrato materia del presente caso arbitral, la norma aplicable al presente caso es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley N° 30225 (en adelante la LEY) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, REGLAMENTO).

Ambas normas, en su versión original, son las aplicables para todos los contratos suscritos como consecuencia de procedimientos de selección convocados entre el 09 de enero de 2016 y el 3 de abril de 2017 inclusive.

VIII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

Sobre el objeto de presente controversia

16. En el presente caso, todas las controversias se encuentran vinculadas al cumplimiento oportuno por parte del CONSORCIO o de la ENTIDAD respecto a la determinación del cálculo de la demanda del proyecto. En tal sentido, en primer lugar, corresponde analizar qué parte del CONTRATO no cumplió con sus obligaciones respecto a la determinación del mencionado cálculo. A partir de dicho análisis, corresponde esclarecer si las pretensiones relacionadas a la aplicación de penalidades y a la ampliación de plazo N° 2, así como sus efectos (pago de gastos generales y costo directo), deben ser declarados fundados o no.
17. En esa línea, se han identificado un total de cuatro (04) puntos controvertidos, que corresponden a las pretensiones del CONSORCIO respecto a la procedencia o no de la ampliación de plazo N° 2 por 151 días, al pago de los gastos generales y costos directo de dicha ampliación de plazo y a la aplicación o no, de penalidades distintas a las penalidades por mora.
18. Únicamente para efectos metodológicos, agruparemos la materia en análisis en los siguientes rubros de análisis: i) Respeto a la oportuna determinación del cálculo de la demanda; ii) Respeto a la procedencia o no de la ampliación de plazo N° 2, así como sus efectos (gastos generales y costo directo); iii) Respeto a la aplicación de penalidades distintas a las penalidades por mora y; iv) Determinación de los costos y costas procesales.

VIII.1. Sobre el cálculo de la demanda poblacional que debía ser comprendida en los informes y expediente técnico

19. El contrato que nos ocupa, signado con el Nº 347-2016-SEDAPAL, tiene como fin la contratación del servicio de consultoría para la elaboración de un estudio definitivo y un expediente técnico. Así, el objeto del referido contrato consiste en lo siguiente: "complementación del estudio definitivo y expediente técnico del proyecto: ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado para el esquema los Álamos de Moterrico - sectores 296 y 297 - distrito Santiago de Surco". (El subrayado es nuestro)
20. De acuerdo a los Términos de Referencia de las Bases (que forman parte integrante del CONTRATO), el objeto del procedimiento de selección del cual deriva el presente Contrato, es la elaboración de la "(...)la Complementación del Estudio Definitivo y Expediente Técnico a nivel de ejecución de obra del proyecto: 'ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado para el esquema los Álamos de Moterrico - sectores 296 y 297 - distrito Santiago de Surco'".
21. En ese contexto, se colige que el objeto del contrato consiste en la realización de un Estudio Definitivo y de un Expediente Técnico, para la ejecución de una obra.
22. Sobre este tema, debe tenerse en cuenta que el expediente Técnico de Obra es el "conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios".
23. En esa línea, la Opinión Nº 027-2017/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en adelante OSCE, señala lo siguiente:

"Como puede apreciarse, el expediente técnico de obra está integrado por un conjunto de documento de ingeniería y arquitectura que definían, principalmente, las características, alcance y la forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en la que esta se ejecutaría. De ello se infiere que dicho expediente tenía por finalidad brindar información a los postores sobre los requerimientos de la Entidad para la ejecución de la obra y las condiciones del terreno a efectos que pudieran realizar adecuadamente sus ofertas y, de ser el caso, ejecutases la obra cumpliendo las obligaciones técnicas establecidas por la Entidad y la normativa vigente en materia de ejecución de obras.

Para cumplir con dicha finalidad, era necesario que los documentos que integraban el expediente técnico fueran interpretados en conjunto⁶ y que dichos documentos proporcionasen información suficiente, coherente y técnicamente correcta que permitiera formular adecuadamente las propuestas y ejecutar la obra en las condiciones requeridas por la Entidad y la normativa de la materia."

24. Por otro lado, la Resolución Directoral N° 003-2011-EF-68.0, que aprueba la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, define un estudio definitivo de la siguiente forma:

"Estudio que permite definir a detalle la alternativa seleccionada en el nivel de preinversión y calificada como viable. Para su elaboración se deben realizar estudios especializados que permitan definir: el dimensionamiento a detalle del proyecto, los costos unitarios por componentes, especificaciones técnicas para la ejecución de obras o equipamiento, medidas de mitigación de impactos ambientales negativos, necesidades de operación y mantenimiento, el plan de implementación, entre otros requerimientos considerados como necesarios de acuerdo a la tipología del proyecto. En proyectos de infraestructura, a los estudios especializados se les denomina de ingeniería de detalle (topografía, estudios de suelos, etc.) Los contenidos de los Estudios Definitivos varían con el tipo de proyecto y son establecidos de acuerdo con la reglamentación sectorial vigente y los requisitos señalados por la Unidad Formuladora y/o Unidad Ejecutora del Proyecto."

25. De lo expuesto, se aprecia que el estudio definitivo y el expediente técnico de una obra, contienen la información mínima indispensable para la ejecución de un determinado proyecto (especificaciones técnicas, planos, metrados, presupuesto, estudios, entre otros).

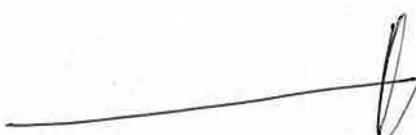
Por ello, consultor que esté encargado de su elaboración debe realizar un examen minucioso, conforme a los términos de referencia establecidos por la Entidad, respecto a todos los componentes necesarios para la correcta ejecución de un proyecto, que no puede limitarse a una simple evaluación documental, sino que requiere – de modo necesario, de un conocimiento del terreno donde deberá ubicarse la obra a diseñar.

26. Ahora bien, en el presente caso, se aprecia que la Entidad estableció en los Términos de Referencia las prestaciones que debía realizar el CONSORCIO durante la ejecución del contrato, lo que culminaría con la entrega del estudio definitivo y el expediente técnico final de obra. Para ello, debe en cuenta las partes pertinentes de tales términos del referencia, como sigue:

16.0 Informes de desarrollo del estuvo:

(...)

⁶ De conformidad con los dispuesto por la Opinión N° 051-2011/DTN.



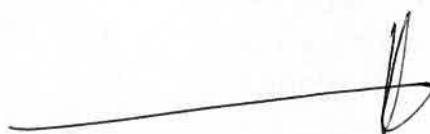
Presentación Informe de Avance N° 2.

- ⇒ Informe de evaluación de los sistemas existentes de Agua Potable y Alcantarillado (al 100%).
- ⇒ Informe de servicios existentes (100%)
- ⇒ Avance Estudio Topográfico (al 50%).
- ⇒ 1er avance del Estudio de Saneamiento Físico Legal (al 30%).
- ⇒ Diseño de los sistemas de Agua Potable y Alcantarillado. (40%)
- ⇒ Actividades de Intervención Social (20%)
- ⇒ Planos de pre diseño de Obras Generales (Arquitectura, Hidráulico, Estructuras, Eléctricos y Automatización) (al 20%).
- ⇒ Planos de pre diseño de Obras Secundarias (al 25%).

Cuadro N° 1 (informes)**CUADRO N° 01**

2do informe	
100%	
Agua potable	- Determinación de las tuberías a rehabilitar y/o mejorar (Presentación de planos)
Alcantarillado	- Determinación de las tuberías a rehabilitar y/o mejorar (Presentación de planos)
100%	
- Presentación de planos de las interferencias existentes en el área del proyecto.	
50%	
30%	
40%	
Agua Potable	- Proyección de la demanda
	- Ubicación de las estructuras
	- Determinación de zonas de presión
Alcantarillado	- Determinación de áreas de drenaje
	- Reconocimiento de los tramos críticos
	- Avance del diseño de los colectores

27. Como se aprecia, en el avance N° 2 el consultor de la obra debía presentar, entre otros, diferentes informes relacionados a la "evaluación de los sistemas existentes de agua potable y alcantarillado", "servicios existentes" y "proyección de la demanda", sin que en ningún momento se indique que tal evaluación deba ser únicamente documental ni, mucho menos, que se excluya un real conocimiento del campo o terreno donde deberá ejecutarse la obra a diseñar.

Justamente, la labor del Contratista era presentar los informes sobre cuya base, se desarrollarían los demás estudio del proyecto⁷.

28. La posición del CONSORCIO es que en dicho tema fue diligente respecto a su obligación de determinar el "cálculo de la demanda" (que era parte de su Informe de Avance N° 2), conforme a lo siguiente:

- Mediante Carta N° 023-2016/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, el CONSORCIO solicitó a SEDAPAL la información bases para la elaboración del estudio definitivo. Sostiene que, en su respuesta, SEDAPAL, no entregó información referida a la obra ejecutada por terceros "Proyecto conjunto residencial Buonavista".
- En el Avance N° 2, refiere que adjuntó el Tomo I en donde se presentó una demanda de Qmh para toda el área de influencia, siendo que SEDAPAL le aprobó dicho avance (incluía el cálculo e la demanda); por lo que, los estudios posteriores se realizaron en base a la proyección de la demanda aprobada en dicha entrega.
- Luego de aprobado el Avance N° 2, el CONSORCIO tomó conocimiento de la ejecución de la obra por terceros "Proyecto conjunto residencial Buonavista", el mismo que no había sido considerado en la demanda aprobada en el Avance 2, siendo que dicha obra cuenta con un sistema de bombeo de desagües en la zona del proyecto que afectaría los diseños de redes de alcantarillado y agua potable.
- En ese sentido, el CONSORCIO afirma que tras haber tomado conocimiento de tal circunstancia, lo hace de conocimiento de la Entidad. En esa línea, SEDAPAL mediante Carta N° 631-2017-EGP-S de fecha 4 de mayo de 2017 SEDAPAL, le confirma que se debe incluir dicho proyecto privado para el cálculo de la demanda del proyecto.
- De este modo, el CONSORCIO afirma que actuó de forma diligente respecto a la determinación del cálculo de la demanda, tan es así que la propia ENTIDAD dio la aprobación a dicho cálculo en el Avance N° 2.

29. Por el contrario, SEDAPAL afirma que desde el primer informe del Avance N° 2 observó el cálculo de la demanda y el incumplimiento del consultor en proporcionar el sustento de dicho cálculo. La Entidad sostiene que dicha observación se mantuvo incluso durante la presentación del Avance 5.

⁷ En su demanda arbitral, el CONSORCIO indicó lo siguiente: "Véase también que las actividades señaladas, obligatorias para la presentación del informe N° 2, son la base sobre la cual se realizarán los demás estudios del proyecto. El ejemplo conciso es la Proyección de la Demanda, sobre la base del cual, se realizarán los estudios del diseño de agua potable y alcantarillado".

30. Así, se observa que existe una controversia entre la ENTIDAD y el CONSORCIO respecto si en el avance N° 2, y en los demás avances, se cumplió con una correcta determinación del cálculo de la demanda. Para dilucidar dicha controversia, resulta necesario recurrir a los términos de referencia, conforme a lo siguiente:

5.0 Habilitaciones beneficiadas:

Del total de habilitaciones cabe mencionar que, la habilitación Sol de Monterrico cuenta con servicio de agua parcialmente y la Habilitación Diente de Oro, no cuenta con servicio agua potable y alcantarillado. La habilitación Diente de Oro será considerada solo para efectos de cálculo de demanda por tener problemas de Saneamiento Físico Legal.

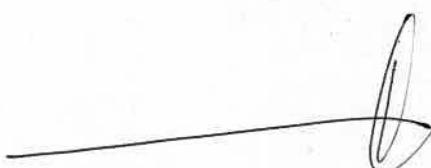
Cabe resaltar que la información proporcionada en cuanto al número de habilitaciones y lotes es referencial debiendo ser precisada y/o complementada y/o actualizada por el Consultor en el trabajo de campo a desarrollar (toma de encuestas), taller participativo y reuniones con los pobladores e instituciones correspondientes como la municipalidad distrital y dirigentes de las habilitaciones; así mismo deberán verificar que las Habilitaciones indicadas puedan ser abastecidas de agua potable y puedan descargar sus desagües por gravedad; y de otro lado verificar que estén acordes con el Plano General de Desarrollo Urbano o similar aprobado por la Municipalidad del distrito. Todos los alcances determinados deben ser coordinados con el Supervisor de SEDAPAL designado para ese fin.

6.2 Recopilación de información:

6.2 RECOPIACION DE INFORMACION

La información requerida que servirá de base para resolver y/o completar la información de los sistemas existentes de agua potable y alcantarillado del Estudio definitivo y Expediente Técnico de Obra que elabore el Consultor, será recopilada de los archivos y/o planotecas de las diferentes áreas con que cuenta SEDAPAL o directamente de la población, por gestión directa del Consultor, de tal forma que cumpla con los requisitos que exige SEDAPAL para la Complementación del Estudio Definitivo y Expediente Técnico.

6.3 Inspección y trabajo de campo:



6.3 INSPECCION Y TRABAJO DE CAMPO

La(s) inspección(es) de campo que se deberá(n) realizar, es (son) muy importante(s) para tomar conocimiento de la real situación de la zona en estudio, así como para efectuar los trabajos que comprende los estudios complementarios y levantamiento de datos que viabilicen la complementación del Estudio Definitivo y Expediente Técnico contratado. Para ello, el consultor deberá evaluar en realizar el replanteo topográfico, así como las investigaciones de suelos complementarias para confirmar la ubicación de las infraestructuras. Asimismo, deberá realizar las calicatas necesarias que puedan determinar la ubicación de los servicios existentes que se encuentran en el cruce o el trazo de las diferentes obras que se diseñarán y también la toma de presiones para el caso del sistema de agua potable y aforo de los buzones existentes con la finalidad de verificar con el modelamiento realizado. Estas actividades deberán efectuarlas en coordinación con las áreas usuarias y sin que exista un costo adicional por lo que se debe prever esta labor dentro de la programación de actividades, el plan de trabajo deberá ser aprobado por el supervisor encargado; caso contrario se dará como no ejecutado. La falta o postergación de esta actividad recaerá en la penalización respectiva.

6.4 Coordinaciones con áreas de SEDAPAL e instituciones públicas:

6.4 COORDINACION CON AREAS DE SEDAPAL E INSTITUCIONES PÚBLICAS

A solicitud de SEDAPAL o cuando el Consultor lo estime necesario, éste podrá efectuar las coordinaciones a través del Equipo Gestión de Proyectos Sur con las áreas de SEDAPAL y directamente con Instituciones Públicas, para el mejor cometido en la complementación del Estudio Definitivo y Expediente Técnico contratado, siendo el Equipo Gestión de Proyectos Sur comunicado expresamente de dichas coordinaciones y avances obtenidos.

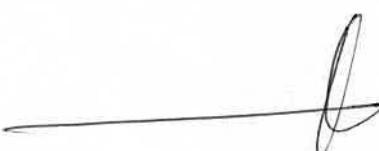
31. De lo expuesto, se aprecia que el CONSORCIO tenía, entre otros, las siguientes obligaciones, las siguientes:

- "La información proporcionada en cuanto al número de habilitaciones y lotes es referencial debiendo ser precisada y/o complementada y/o actualizada por el consultor en el trabajo de campo a desarrollar (toma de encuestas, taller participativos, reuniones con los pobladores instituciones correspondientes como la municipalidad distrital y dirigentes de las habilitaciones (...)"
- La información que servirá de Base para la elaboración del estudio definitivo y expediente técnico de la obra, "será recopilada de los archivos y/o planotecas de las diferentes áreas de SEDAPAL o directamente de la población, por gestión directa del consultor, de tal forma que cumpla con los requisitos que exige SEDAPAL".
- "Las inspecciones de campo que se deberán realizar son muy importantes para tomar conocimiento de la real situación de la zona de estudio, así



como para efectuar los trabajos que comprende los estudios complementarios y levantamiento de datos que viabilicen la complementación del estudio definitivo y expediente técnico contratado".

- "Cuando el consultor lo estime necesario, este podrá efectuar coordinaciones a través del equipo de gestión de proyectos sur con las áreas de SEDAPAL y directamente con instituciones públicas para el mejor cometido en la complementación del estudio definitivo y expediente técnico contratado".
32. Como se observa, la información necesaria para la correcta elaboración del estudio definitivo y el expediente técnico no solo debía ser proporcionada por SEDAPAL, sino también recopilada directamente por el CONSORCIO de la población. Ello resulta totalmente entendible, dado que la elaboración de un expediente técnico involucra necesariamente un trabajo de campo y, con ello, el levantamiento de toda la información in situ que sea necesaria para la ejecución del expediente técnico.
33. Así, a modo de ejemplo, la información que servirá de Base para la elaboración del estudio definitivo y expediente técnico de la obra, no sólo se limitaba a la recopilada de los archivos y/o planotecas de las diferentes áreas de SEDAPAL, sino a la obtenida directamente de la población, por gestión directa del consultor, de tal forma que cumpla con los requisitos que exige SEDAPAL.
34. No está de más recordar que, al contratar a un tercero para que elabore el expediente técnico y estudio definitivo, SEDAPAL ha trasladado a título oneroso la responsabilidad de efectuar todos los estudios necesarios que sean necesario para dicha finalidad, siendo que no puede pretenderse que sea el que ha tercerizado dicho servicio el que asuma la carga que involucra el necesario trabajo de campo. Lo contrario, nos llevaría al manifiesto absurdo de sostener que la elaboración de un expediente técnico, se limita a un mero trabajo de gabinete.
35. En ese sentido, si bien se aprecia que el CONSORCIO solicitó a SEDAPAL, mediante la Carta Nº 023-2016/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL la información base para la elaboración del estudio definitivo, dicho actuación no extinguía la obligación del CONSORCIO respecto a la obtención de información, puesto que este debía realizar un estudio de campo para lograr obtener toda la información mínima indispensable para el correcto cumplimiento del CONTRATO, máxime si el estudio definitivo y el expediente técnico de una obra deben contener la información mínima indispensable de un determinado proyecto (especificaciones técnicas, planos, metrados, presupuesto, estudios, entre otros), conforme lo señalado anteriormente.
36. Ahora bien, es el propio CONSORCIO el que reconoce que el Informe de Avance Nº 2, no tomó en cuenta la obra ejecutada por terceros "Proyecto conjunto residencial Buonavista", sino que recién advirtió la necesidad de



incluir dicho proyecto⁸ en los estudios el 6 de marzo de 2017, pese a que dicha obra, según lo señalado por el CONSORCIO, cuenta con un sistema de bombeo de desagües en la zona del proyecto, lo cual influiría en los diseños tanto de agua potable y alcantarillado.

Lejos de ser un eximiente de responsabilidad, tal situación constituye una omisión que no puede ser dejada de lado, máxime si era de carácter sustancial pues, tal como reconoce, no haber tenido en cuenta tal fracción de demanda lo obligó a reformular en su integridad los informes parciales elaborados y presentados a su contraparte, más aún si no existe viso alguno que la sección omitida haya imperceptible o de imposible visualización de un mero trabajo de levantamiento de información de campo dentro del limitado espectro del área de Los Álamos de Monterrico, labor que – como ya hemos mencionado, no puede ser trasladada por el CONSORCIO a SEDAPAL.

37. Al respecto, cabe reiterar que era responsabilidad del CONSORCIO realizar un estudio de campo para recabar la información necesaria para el proyecto; por ello, en un actuar diligente, el contratista debió advertir antes de la entrega del Avance N° 2 la existencia de la obra ejecutada por terceros "proyecto conjunto residencial Buonavista", máxime si dicha obra puede ser fácilmente visualizada dentro de las áreas estudiadas.

38. Por otro lado, el Avance N° 2 fue observado por la Entidad, mediante la Carta 192-2017-EGP-S, de fecha 15 de febrero de 2017, conforme lo siguiente:

24. El consultor deberá presentar el sustento del cálculo de los parámetros de diseño, cabe resaltar que de acuerdo a los Términos de Referencia la información proporcionada en cuanto al número de habilitaciones y lotes es referencial debiendo ser precisada y/o complementada y/o actualizada por el Consultor en el trabajo de campo a desarrollar (toma de encuestas), taller participativo y reuniones con los pobladores e instituciones correspondientes como la municipalidad distrital y dirigentes de las habilitaciones.

Absuelta parcialmente, debido al reciente pronunciamiento de la Municipalidad del distrito de Santiago de Surco, se revisarán el cálculo de los parámetros de diseño, los cuales forman parte del cálculo de la demanda en el levantamiento de observaciones del Informe de Avance N° 03.

39. De lo expuesto, se aprecia que la Entidad observó "el cálculo de los parámetros de diseño", puesto que no se habría presentado el sustento correspondiente, recordando, además, que, conforme a los términos de referencia, el CONSORCIO debía obtener información de campo que ayude a realizar un correcto estudio respecto a los alcances del proyecto.

⁸ Según refiere el propio CONSORCIO, dicha obra cuenta con un sistema de bombeo de desagües en la zona del proyecto, lo cual estaría afectando también los diseños de redes de alcantarillado; por lo que se aprecia que esta obra ejecutada por terceros modificaría los diseños tanto de agua potable y alcantarillado.



Asimismo, se aprecia que la ENTIDAD señaló que se revisará el cálculo de la demanda en el Informe N° 3, puesto que se debía obtener información de la Municipalidad Distrital de Surco.

40. Aún si no los hubiera observado, ello únicamente hubiera implicado un vicio oculto en el servicio brindado por el Consultor, el cual para la elaboración de sus entregables, desde el número dos en adelante, debía tener en cuenta todos los elementos necesarios, documentales y de campo, no así limitarse a información documental proporcionada por el dueño o propietario de la obra, que sólo es referencial – puesto que dicha Entidad no ha hecho las veces de proyectista, sino que dicha labor fue libre y voluntariamente asumida por el CONSROCIO al participar del procedimiento de selección y adjudicarse el Contrato.
41. Por otro lado, se aprecia que mediante la Carta 260-2017-EGP-S, de fecha 15 de febrero de 2017, se observaron lo siguiente respecto del Avance N° 3:
13. El Consultor deberá sustentar los cálculos de los parámetros de diseños a utilizar en el estudio, para lo cual deberá realizar una exposición en coordinación con el Inspector del Estudio.
- Parcialmente Absuelta, se ha coordinado su presentación para el informe de avance N°04, al no obtener pronta respuesta de la municipalidad de Surco. El Consultor deberá mejorar su análisis respecto a la información de Obras ejecutadas por Terceros, ya que en algunos casos estas obras consideran la ejecución de estructuras primarias (reservorio, líneas de impulsión, cisterna, cámara de bombeo, etc.) sustentando como influirían en los análisis de la proyección de la Demanda.*
14. Respecto a lo presentado, es importante mencionar que, no es factible determinar si el consultor ha cumplido con el porcentaje del Estudio de Trafico ya que no ha presentado el Plan de Trabajo y cronograma de actividades del Estudio de Tráfico, aprobado en coordinación con el Inspector del Estudio.
- Parcialmente Absuelta, El avance correspondiente al Estudio de Trafico será revisado en el informe de avance N°04 (al 50%).*
42. De lo expuesto, se aprecia que la Entidad observó que, en el Avance N° 3, el Consultor no cumplió con sustentar los "cálculos de los parámetros" de diseños a utilizar en el estudio. Al respecto, se señaló que se ha coordinado la presentación de dicho sustento para el avance N° 4, al no existir pronta respuesta de la Municipalidad de Surco; asimismo, se emplazó al consultor a mejorar el análisis respecto a la información de obras ejecutadas por terceros, indicando que en algunos casos estas obras consideran la ejecución de estructuras que influirían en el análisis de la proyección de la demanda.
43. Por otro lado, se aprecia que mediante la Carta 425-2017-EGP-S, de fecha 28 de marzo de 2017, la ENTIDAD observó, entre otros, los siguientes aspectos en el Avance N° 4:

Diseño de los sistemas de agua potable y alcantarillado

1. En el Diseño de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado el Consultor deberá considerar los proyectos referentes a los sistemas de agua potable y alcantarillado que se desarrollan por el Equipo Técnico Sur los cuales se asocian directamente con el presente estudio. Con la información que fue proporcionada por el ET-S el Consultor deberá conceptualizar en sus diseños el escenario macro del presente sistema con su interacción frente a los demás proyectos.

Parcialmente Absuelta, *El Consultor en el Diagnóstico ha mencionado la existencia de las obras por terceros, pero también deberá conceptualizar en sus diseños el escenario macro del presente estudio y su interacción frente a los demás proyectos.*

-
6. En los planos de Pre-diseño no se identifica los componentes de las obras que se están ejecutando por Terceros (ET-S) las cuales fueron proporcionadas por el EGP-S, así también no analiza y explica cómo serán consideradas estas obras dentro del desarrollo del Estudio Definitivo.

Parcialmente Absuelta, *El Consultor en el Diagnóstico ha mencionado la existencia de las obras por terceros, pero en los planos de pre-diseño no identifica ni explica cómo serán consideradas estas obras dentro del desarrollo del Estudio Definitivo.*

44. De lo expuesto, se aprecia que en el Avance N° 4, el CONSULTOR habría advertido la existencia de obras ejecutadas por terceros, pero no habría identificado ni explicado cómo serán consideradas dichas obras en el desarrollo del proyecto definitivo, de lo cual se desprende que aún no se habría presentado toda la información completa respecto al cálculo de la demanda.

45. Posteriormente, mediante la Carta 646-2017-EGP-S, de fecha 9 de mayo de 2017, la ENTIDAD otorgó la opinión favorable respecto al Avance N° 4, señalando que el CONSULTOR, además de identificar las obras ejecutadas por terceros, habría cumplido con sustentar cómo estas serán consideradas dentro del estudio.

46. Asimismo, mediante la Carta 750-2017-EGP-S, de fecha 26 de mayo de 2017, la ENTIDAD señaló, entre otros aspectos, lo siguiente: "(...) indicamos que con Carta 646-2017-EGP-S, de fecha 9 de mayo de 2017, se aprobó en el Informe de Avance N° 4, el cual se daba por conforme el cálculo de la demanda (...)". En ese sentido, se aprecia que recién el 09 de mayo de 2017, la ENTIDAD aprobó el cálculo de la demanda del proyecto.

47. De lo expuesto hasta el momento en el presente acápite, corresponde efectuar las siguientes conclusiones:



- a. De acuerdo a los términos de referencia, el cálculo de la demanda del proyecto correspondía ser determinado por el CONSORCIO, para lo cual, no solo debía utilizar de la información brindada por la ENTIDAD, que era referencial, sino que también debía realizar un trabajo de campo que le permitan conocer la data necesaria para realizar un correcto estudio.
 - b. La ENTIDAD observó el cálculo de la demanda presentado por el CONTRATISTA desde el Avance N° 2 hasta el Avance N° 4, en el cual finalmente es aprobada con fecha 9 de mayo de 2017.
 - c. El CONSORCIO no tomó en cuenta para la determinación del cálculo de la demanda la obra ejecutada por terceros "proyecto conjunto residencial Buonavista", hasta el 06 de marzo de 2017, conforme lo señalado por el propio CONSORCIO en su demanda arbitral, pese a que la visualización de dicha obra no era complicada, siendo que con un diligente estudio de campo se pudo haber tenido conocimiento de la misma.
 - d. La obra ejecutada por terceros "proyecto conjunto residencial Buonavista", conforme lo señalado por el propio CONSORCIO en su demanda, tenía una influencia para la correcta determinación del cálculo de la demanda; por lo cual, esta debía ser tomada en cuenta para la determinación de dicho cálculo.
 - e. En el presente proceso arbitral el CONSORCIO no presentó prueba que permita apreciar que, pese a actuar de forma diligente, no pudo conocer de la obra ejecutada por terceros "proyecto conjunto residencial Buonavista"; por lo cual, en tanto dicha obra es de fácil visualización y la labor de la Entidad consistía en realizar un adecuado estudio de campo, se desprendería un actuar no diligente del CONSORCIO respecto a sus obligaciones contractuales.
48. En ese sentido, considerando que parte de las obligaciones del CONSORCIO consistían en realizar un adecuado estudio de campo que permita conocer los diferentes componentes que pudieran tener influencia en el proyecto, que el consorcio no habría cumplido con diligencia dicha obligación, puesto que no tomó conocimiento de forma oportuna de obra ejecutada por terceros "Proyecto conjunto residencial Buonavista" y que la Entidad observó en reiteradas oportunidades el cálculo de la demanda presentado por el CONSORCIO, se concluye que la responsabilidad del atraso del estudio por un incorrecto cálculo de la demanda es del CONSORCIO, en su condición de proyectista.
- Respecto a la procedencia o no de la ampliación de plazo N° 2, así como sus efectos (gastos generales y costo directo)**
49. Las controversias establecidas como primer y segundo punto controvertido corresponden a la primera y segunda pretensión principal, así como a la

pretensión accesoria de la segunda pretensión principal presentada por el CONSORCIO en su demanda arbitral, han sido planteadas del siguiente modo:

Primera cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la Resolución de Gerencia de proyectos y Obras N° 145-2017-GPO, entregada con Carta N° 839-2017-EGP-S de fecha 19 de junio de 2017, mediante la cual SEDAPAL denegó la solicitud de ampliación de plazo N° 2 por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios.

Segunda cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a SEDAPAL aprobar la ampliación de plazo por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios solicitada a SEDAPAL mediante Carta N° 089-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL y rechazada mediante Resolución de Gerencia de proyectos y Obras N° 145-2017-GPO de fecha 16 de junio de 2017

- Respecto de la segunda cuestión controvertida, corresponde determinar si corresponde o no que SEDAPAL pague los gastos generales y el costo directo debidamente cuantificado como consecuencia directa de la ampliación de plazo solicitada.

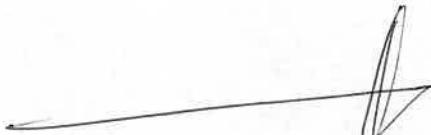
50. En este acápite se procederá a analizar la procedencia o no de la Ampliación de Plazo N° 2, ello sin perjuicio de esbozar el marco general que regula las ampliaciones de plazo.

51. Sobre el tema, el artículo 34 de la LCE aplicable al presente caso señala que "el contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento. De aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados". En esa misma línea, el artículo 140 del RLCE indica lo siguiente:

"Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
2. Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.

El contratista debe solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.



La Entidad debe resolver dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tiene por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios en general y consultoría en general dan lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista el gasto general variable y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad.

Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores a la notificación de esta decisión."

52. De las normas anteriormente citadas, se advierte que solo procede la aprobación de ampliaciones de plazo por atrasos o paralizaciones ajenas a la responsabilidad del Contratista. Asimismo, dichas normas señalan que en el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista el gasto general variable y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad.

53. En el presente caso, el 06 de junio de 2017, mediante Carta N° 89-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL, el CONSORCIO solicitó a la Entidad la aprobación de la ampliación de plazo N° 2, de acuerdo a lo siguiente:

"La cuantificación de la ampliación de plazo N° 02 se determina por el periodo de afectación del cronograma contractual, por causales no atribuibles al contratistas, esto debido a que la Entidad o se ciñó al plazo establecido con que contaba para la aprobación de la demanda, postergando las actividades correspondientes a los entregables contenidos en los informes de Avance N° 3, 4, 5, 6 y 7 y que son necesarios para la culminación de la consultoría de obra, lo que genera la presente solicitud de la ampliación de plazo.

El inicio e la causal para la ampliación de plazo N° 2 queda establecido a partir del día siguiente de la presentación del informe N° 2 (27-12-2016) la misma que corresponde al plazo contractual para el Informe 3.

Con respecto a la culminación de la causal de la ampliación de plazo N° 2, esta se establece cuando SEDAPAL notifica al CONSORCIO



PROYECTOS LIMA la aprobación extemporánea de la demanda, mediante Carta N° 750-2017-EGP-S con fecha 26.MAYO.2017.

De manera que se debe considerar la afectación de ruta crítica desde el 27.DICIEMBRE. 2017, hasta 26.MAYO.2017.

La ampliación de plazo calculada según el numeral 6.1.1. deriva a un ampliación de plazo N° 2 por 151 (ciento cincuenta y un) días calendarios. Con lo cual la fecha de culminación del servicio será modificado de 25.MAYO.2017 hasta el 23.OCTUBRE.2017.

54. De lo señalado por el CONSORCIO en su solicitud de ampliación de plazo y en el desarrollo del presente proceso arbitral, se aprecia que la causal que invoca la parte demandante para la aprobación de la ampliación de plazo N° 2 consiste en que se generaron retrasos no imputables al contratista.
55. Al parecer del CONSORCIO, dichos retrasos se habrían generado por la de la ENTIDAD en aprobar la proyección de la demanda correcta, puesto ello se realizó con posterioridad a la aprobación del Avance N° 2, lo que habría afectado los avances N° 3, 4, 5, 6 y 7.

No tiene en cuenta, sin embargo, que tal situación tiene su origen en la falta de un levantamiento completo en el Avance N° 2, en el que no se hizo un trabajo de campo o al menos no se hizo uno de modo eficiente, que contemplara todas las conexiones existentes y a ser trabajadas como parte de la demanda, en el Sector de Los Álamos comprendido en el estudio que le fue encargado como proyectista.

56. Sobre dicho aspecto, la ENTIDAD indica –de acuerdo a la Resolución de Gerencia de proyectos y Obras N° 145-2017-GPO, de fecha 16 de junio de 2017, mediante la cual deniega la solicitud de ampliación de plazo N° 2 del CONSORCIO- que desde el Avance N° 2 observó el cálculo de la demanda y el sustento de dicho cálculo, señalando, además, que en la primera entrega del Avance N° 4 dicha observación continuaba pendiente.

En todo caso, aún de haber sido espontánea o de oficio, la rectificación o detección del CONSORCIO de los sectores no comprendidos en el cálculo de la demanda, queda claro que ello obedece a una deficiente labor de levantamiento de información en campo, cuya responsabilidad no puede ser trasladada a la parte que lo contrató justamente para llevar a cabo dicho trabajo de campo.

57. De acuerdo a todo lo señalado, el CONSORCIO es responsable del atraso en la aprobación del cálculo de la demanda, puesto que no habría recabado oportunamente todos los datos relevantes para la determinación de dicho cálculo.



58. Así, el hecho generador de la solicitud de ampliación de plazo N° 2 (atraso en la aprobación del cálculo de la demanda) sería responsabilidad del CONSORCIO, puesto que este no consideró todos los datos necesarios (obra ejecutada por terceros Conjunto Residencial Alto Mirador, Buonavista II y Positan) para la determinación del cálculo de la demanda en la entrega del Avance N° 2.
59. Más aún, si bien el CONSORCIO señala que el atraso en el cálculo de la demanda generó que se tengan que rehacer los Avances N° 3, 4, 5, 6 y 7, puesto dichos avances habían sido elaborados de acuerdo al cálculo de la demanda presentado en el avance N° 2, aun cuando tal circunstancia no le hubiera sido atribuible, con su demanda tampoco ha cumplido con identificar la necesidad de rehacer – en su integridad – los Avances N° 3, 4, 5, 6 y 7. Debe recordarse que quien alega un hecho debe acreditarlo, máxime si de acuerdo a lo establecido en el Código Civil Peruano, el obligado a cumplir una prestación tiene la carga de acreditar el cumplimiento – y no viceversa.
60. Por ello, no existe un adecuado sustento que permita apreciar que la demora en el cálculo de la demanda conllevó a que los trabajos se retrasen por los 151 días que solicita el CONSORCIO como parte de su solicitud de ampliación de Ampliación de Plazo N° 2.
61. En ese sentido, considerando que es requisito necesario para la procedencia de una ampliación que la demora o retraso que la sustenta no sea imputable al contratista y que en el presente caso el retraso que alega el CONSORCIO para sustentar su ampliación de plazo es de su responsabilidad al no haber realizado oportunamente un adecuado estudio para determinar el cálculo de la demanda del proyecto, no corresponde que acoger la pretensión del participante de aprobar su solicitud de ampliación de plazo N° 2 y, por ende, tampoco la pretensión accesoria a esta.
62. Por todo lo señalado, se declara **INFUNDADA** la primera y segunda pretensión principal, así como a la pretensión accesoria de la segunda pretensión principal. Como consecuencia, no corresponde declarar la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 145-2017- GPO, ni aprobar la ampliación de plazo N° 02 por ciento cincuenta y un (151) días calendarios, así como sus gastos generales y costo directo.

Respecto a la aplicación de penalidades

63. La controversia establecida como tercer punto controvertido corresponden a la tercera pretensión principal presentada por el CONSORCIO en su demanda arbitral, habiendo sido planteada del siguiente modo:

"Tercera cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia y/o invalidez de las penalidades aplicadas mediante Cartas Nros 750-2017-EGP-S, 901-2017-



EGP-S y 886-2017-EGP-S, por estar directamente vinculadas a la aprobación de la ampliación de plazo Nº 2 por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios."

64. Como se puede apreciar, las penalidades a las que se refiere dicha pretensión, no están referidas al régimen de las penalidades por mora, sino al de "otras penalidades", específicamente la establecida en el numeral 3 del rubro sobre desarrollo del Estudio, que tipifica lo siguiente:

No cumple con la subsanación de Observaciones de los Entregables en el plazo establecido, observaciones persistentes, registradas en cuaderno de proyectos y/o cartas remitidas.

65. Como se aprecia, tales penalidades se habrían interpuesto mediante tres documentos específicos, que el CONSORCIO identifica como las cartas Nº 750-2017-EGP-S, Nº 901-2017-EGP-S y Nº 886-2017-EGP-S.
66. Para un correcto desarrollo del presente punto, en un primer momento se realizará un análisis conceptual sobre la aplicación de penalidades, con especial incidencia en aquellas penalidades denominadas "otras penalidades" y; posteriormente, se procederá a verificar si el caso en concreto se dieron o no las condiciones para la aplicación de las penalidades impuestas mediante las tres cartas en mención.

Sobre la configuración o no de la aplicación de la penalidad y su validez

67. La normativa de contrataciones públicas contempla la posibilidad de aplicar dos tipos de penalidad, la "penalidad por mora" regulada en el artículo 133º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y el régimen de "otras penalidades" regulado en el artículo 134º del mismo dispositivo legal, conforme a lo siguiente:

"Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

(...)

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.



Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.

Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo".

"Artículo 134.- Otras penalidades

Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora."

(El subrayado es nuestro)

68. En el presente caso, la penalidad que se imputa al CONSORCIO no es una penalidad por mora, es decir no se refiere a un eventual atraso en el cumplimiento de las prestaciones contractuales; sino está referido al régimen de "otras penalidades" distintas a la de mora, que sanciona incumplimientos distintos al atraso de la ejecución contractual. Tal como hemos indicado, los primeros se encuentran regidos por el artículo 133º del Reglamento y los segundos, a los que se refiere el presente caso arbitral, por el artículo 134º de la misma norma.
69. Al respecto el primer párrafo del artículo 133º del REGLAMENTO precisa que la penalidad por mora es una medida dictada contra el proveedor cuando ha incurrido en retrasos en el cumplimiento de sus obligaciones objeto del contrato, así, la Entidad aplicará al contratista una penalidad por cada día de retraso hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente o, de ser el caso del ítem que debió ejecutarse.

70. Por otro lado, el artículo 134º del REGLAMENTO regula la aplicación de otras penalidades, las cuales se pueden establecer en las Bases y son distintas a la establecida en el artículo 133º; el mencionado artículo también señala que éste tipo de penalidades deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente o, de ser el caso del ítem que debió ejecutarse.

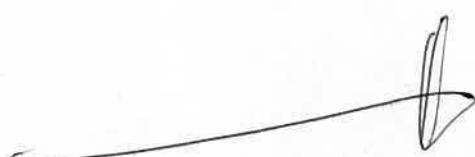
De modo específico, se precisa que no se puede contemplar en este régimen supuestos que impliquen un retraso o mora. Ello resulta claro, pues de otro modo, se estarían imponiendo dos sanciones por un mismo hecho, es decir por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

71. Ahora bien, respecto a la objetividad, razonabilidad y congruencia que deben poseer las "otras penalidades", cabe señalar lo dispuesto en la Opinión N° 020-2014/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), cuyo criterio es compartido por este Tribunal Arbitral:

- (i) *La objetividad implica que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;*
- (ii) *Por su parte, la razonabilidad implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.*
- (iii) *Finalmente, la congruencia con el objeto de la convocatoria implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria. (El subrayado y resaltado es nuestro).*

72. La aplicación de "otras penalidades", distintas a la penalidad por mora, deben observar necesariamente los parámetros antes mencionados, ello con la finalidad de evitar que durante la ejecución del contrato surjan discrepancias entre la Entidad y el contratista respecto a la aplicación de estas penalidades o que se generen abusos en su aplicación.

73. A mayor abundamiento, la Opinión N° 064-2012/DTN, cuyo criterio es compartido por este Tribunal Arbitral, establece que: "Las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166º del Reglamento, se calculan de conformidad con las disposiciones del contrato, el que debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos". (El subrayado es nuestro).



74. Considerando lo antes señalado, resulta indispensable que las "otras penalidades" estén expresadas de forma clara y manifiesta, desde un principio, en las Bases del proceso de selección a efectos que no se pueda cuestionar su objetividad, razonabilidad y congruencia, y otorgar predictibilidad al contratista sobre los supuestos a penalizar.
75. Sobre el particular, DIEZ-PICAZO señala que "*La prestación contenida en la cláusula penal deviene exigible en los casos para que la propia cláusula lo establezca. Como las hipótesis son incumplimiento, cumplimiento defectuoso o cumplimiento retrasado de la obligación hay que decir que las partes son lógicamente libres para unir la pena convencional a todos y cada uno de los eventos mencionados o a uno o varios de ellos*"⁹. De igual modo, ARANA DE LA FUENTE sostiene que la prestación penal "*deberá ser aplicada cuando el deudor incurra en el concreto tipo de incumplimiento en ella previsto*"¹⁰.
76. En ese sentido, de forma concordante con lo señalado por el OSCE y los autores antes citados, este Tribunal Arbitral considera que el concepto de "otras penalidades" debe estar claramente tipificada en las Bases del proceso de selección y en el Contrato, es decir, se debe encontrar el listado de los incumplimientos injustificados que se penalizarán durante la ejecución del CONTRATO.
77. Si bien las opiniones en mención están referidas al Reglamento anterior (por lo que hacen mención al entonces artículo 166), el actual Reglamento no solamente recoge la misma disposición, sino que la reafirma y establece una más clara y específica diferencia entre penalidades por mora y otras penalidades, precisando que estas últimas no pueden recoger supuestos que ya se encuentran comprendidos dentro de los alcances del artículo 133º.

Ello resulta congruente con el régimen de penalidades en general, pues la razón de tales consecuencias económicas, es desalentar el incumplimiento de las obligaciones del Contratista ya sea en cuanto a la oportunidad (penalidades por mora) o, respecto a la calidad o condiciones del cumplimiento que no pueden ser medidas en un simple atraso (otras penalidades).

⁹ DIEZ PICASO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Sexta edición*. Madrid: civitas. Thomson Reuters, 2009, p. 466.

¹⁰ ARANA DE LA FUENTE, Isabel. *La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria*. En: *Anuario de Derecho Civil. Tomo LXVII. Fascículo IV. Octubre-Diciembre*. Madrid: 2010, p. 1610.



Sobre la configuración o no de la aplicación de la penalidad en el presente caso

78. En el caso que nos ocupa, el CONSORCIO solicita que se dejen sin efecto las penalidades impuestas bajo el régimen de "otras penalidades" a las que se refieren las Cartas Nº 750-2017-EGP-S, Nº 901-2017-EGP-S y Nº 886-2017-EGP-S, todas ellas referidas al levantamiento de observaciones del quinto entregable.

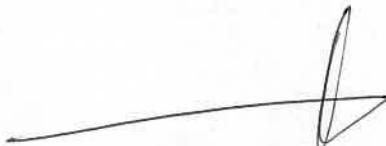
79. Cabe precisar que tanto la Carta Nº 750-2017-EGP-S y Nº 901-2017-EGP-S están referidas a la aplicación de "otras penalidades" por el Informe Nº 05. La Carta Nº 886-2017-EGP-S, pese a la revisión exhaustiva del expediente del presente caso arbitral, no es detallada ni presentada – ni por el contratista ni por la Entidad tanto en el escrito de demanda como en su contestación, siendo su única mención la que se efectúa en el propio petitorio de la pretensión bajo análisis.

En esa línea, teniendo en cuenta que no corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre hechos que no han sido planteados por las partes, queda claro que el pronunciamiento que se emita en el presente caso arbitral, no se refiere, ni comprende bajo su análisis a la aplicación de la penalidad dispuesta por la Entidad mediante la Carta Nº 991-2017-EGP-S y comunicada al Contratista el 24 de julio de 2017.

80. Dicho lo anterior, es importante tener en cuenta que la mayor diferencia entre el texto del artículo que regula el régimen de "otras penalidades" contenido en el Reglamento de la anterior Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo Nº 1017 y sus modificatorias), respecto del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, es que este último, de modo específico en su artículo 134º señala sin ningún lugar a dudas que no puede ser objeto de tales "otras penalidades" aquello que constituye retraso o mora.

Ello no quiere decir que antes de la vigencia del Decreto Supremo Nº 350-2015-EF (que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado de La Ley Nº 30225) haya sido posible sancionar con penalidades doblemente un mismo hecho, tanto por retraso como por otras penalidades, sino que a partir de su vigencia, ya no queda ninguna duda interpretativa posible sobre este punto.

81. En línea con lo anterior, ello quiere decir que el tipo infractorio contemplado en el numeral 3 de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, no puede estar referido a un simple retraso en el cumplimiento del levantamiento de las observaciones de un entregable, pues tal demora ya es susceptible de la aplicación de moras en tanto no hayan sido subsanadas dentro de los plazos máximos otorgados por la Entidad o el plazo máximo establecido en el Reglamento, de acuerdo a los límites del propio tramo o segmento en el que se hubiera producido (artículo 133º del Reglamento).



82. Dicho esto, existen dos escenarios posibles: i) Que la inclusión de la penalidad bajo análisis sea contraria al expreso mandato del artículo 134º del Reglamento y, por ende, deba ser dejada sin efecto o; ii) Que se delimite su interpretación y alcances en concordancia a lo contemplado en el mencionado artículo a fin de evitar que su lectura derive en una eventual superposición de dos penalidades por un mismo hecho, es decir por mora y otras penalidades.

83. Veamos entonces lo que plantea el tipo infractorio respectivo:

No cumple con la subsanación de Observaciones de los Entregables en el plazo establecido, observaciones persistentes, registradas en cuaderno de proyectos y/o cartas remitidas.

84. Como hemos señalado, la lectura de esta medida no puede interpretarse como una respuesta al simple retraso en el cumplimiento de la obligación del Contratista de levantar las observaciones que se le han efectuado. El Reglamento establece claramente que – presentado un entregable – este puede ser objeto de observaciones, las que deben ser levantadas por el Contratista en un plazo previamente establecido de hasta diez (10) días o en el que se haya establecido por la Entidad o el Contrato.

El retraso en el cumplimiento de dicha obligación, da lugar a la aplicación de una penalidad por mora, sobre el respectivo tramo, lote o segmento del Contrato, siendo que tal como ya se ha mencionado, no pueden recaer dos penalidades por el mismo hecho y fundamento.

85. En esa línea, una lectura coherente que evite la invalidez del mencionado tipo penalizable, nos lleva a concluir que antes que el retraso en el cumplimiento del levantamiento de observaciones, este supuesto debe ser entendido como una renuncia o reticencia del Contratista para su levantamiento, de modo tal que su conducta no vaya orientada a la mejora de su producto y a la superación de los defectos detectados, sino por el contrario, a preservarlos o incluso a ahondar sus deficiencias.

86. En esa línea, no obstante se ha determinado que el Contratista es responsable de no haber levantado de modo completo la información en campo necesaria para determinar la demanda – hecho que tendrá sus propias consecuencias al haberse desestimado la ampliación de plazo solicitada; ello no es óbice para dejar de lado que la evaluación de un producto debe ser



efectuada una vez que sus alcances, hayan quedado debidamente delimitados por las partes.

En el caso que nos ocupa ello no se ha producido sino hasta el 04 de mayo de 2017, cuando la Entidad solicita incluir en el estudio de demanda el cálculo de la demanda de obras aportadas por terceros, solucionando un aspecto técnico que – hasta ese momento – no tenía una solución definitiva.

87. De esta forma, el requerimiento de cumplimiento efectuado de modo previo, así como la propia decisión de aplicar la mencionada "otra penalidad" manifestada mediante la Carta N° 750-2017-EGP, no pueden ser reputadas como válidas, al estar referidas a un documento remitido por el Contratista el 9 de abril, es decir, en forma previa a la mencionada definición.

En esa misma línea, las siguientes dos entregas efectuadas por el CONSORCIO respecto del mismo Informe de Avance 5, luego de comunicada la Carta N° 631-2017 de mayo de 2017, pueden ser equiparables por el mismo motivo con la entrega definitiva y su respectiva subsanación, de modo tal que no correspondería igualmente dar por válida la reiteración de la mencionada "otra penalidad" dispuesta por la Carta N° 901-2017-EGP-S del 04 de mayo de 2017.

88. Sin perjuicio de lo anterior, dentro del análisis efectuado respecto de los alcances en los que debe ser entendido el supuesto contemplado en el numeral 3 de la mencionada Cláusula Décimo Tercera, no se advierte igualmente que se configure el tipo que amerita la imposición de penalidad, pues se verifica que, el Contratista mantenía la voluntad de cumplimiento y mejoramiento del producto, de modo tal que cada nueva entrega disminuía el número de observaciones o cuestionamientos formulados, hasta el cumplimiento final de las expectativas de la Entidad contratante, máxime si dicho entregable fue finalmente aprobado.

89. En cuanto al extremo en el que el Contratista refiere su pretensión como relacionada al mismo objeto que fuera objeto de su pedido de ampliación de plazo, esto es a la determinación de la demanda definitiva con la inclusión de los trabajos realizados por terceros en la zona de Buonavista, cabe reiterar que deben diferenciarse la responsabilidad del CONSORCIO en la deficiente labor de levantamiento de información de campo (motivo por el cual se desestima su pedido de ampliación de plazo), respecto de la oportunidad a partir de la cual se debe considerar el Informe de Avance N° 5 como evaluable (a efectos de medir una eventual reticencia o renuencia del Contratista en su levantamiento), como ya se ha explicado en los numerales anteriores.

90. Conforme todo lo expuesto, deben dejarse sin efecto las penalidades distintas a la mora impuestas por las Cartas N° 750-2017-EGP-S y 901-2017-EGP-S, debiendo precisarse que el mandato de este Tribunal Arbitral no se extiende a las que hubieran sido impuestas por otros documentos remitidos por SEDAPAL,

que no han sido controvertidos. Del mismo modo, no cabe efectuar pronunciamiento alguno respecto de la Carta N° 886-2017-EGP-S, cuyo contenido – de la información que obra en el expediente, se desconoce, tanto por no haber sido presentada ni tampoco referenciada dentro de los argumentos expuestos por las partes.

91. Por todo lo señalado, se declara **FUNDADA** en parte la tercera pretensión principal, únicamente en cuanto se dispone la invalidez de las penalidades aplicadas mediante las Cartas N° 750-2017-EGP-S y 901-2017-EGP-S.

Respecto a la determinación de los costos y costas procesales.

92. En relación a las costas y costos, los artículos 56, 69, 70 y 73 de la LEY QUE NORMA EL ARBITRAJE, disponen que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

93. Al respecto, los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral o secretaría arbitral.

94. Al respecto, la Cláusula Décimo Séptima del Contrato establece, en su literal a), que los costos y costas que genere el arbitraje, que este colegiado asume como los que corresponden a los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral, deberán ser asumidos por quien solicita el arbitraje.

95. Si bien dicha cláusula debe entenderse como la asunción provisional de costos durante el proceso arbitral, sin perjuicio de la determinación final de su distribución en función a la existencia o no de parte perdedora, en el presente caso este Tribunal Arbitral no encuentra elementos de juicio suficientes para variar la distribución establecida durante el desarrollo del proceso arbitral, máxime si el propio CONSORCIO no ha cuestionado – como pretensión específica de su petitorio, el pacto contemplado en la mencionada cláusula décimo séptima.

96. En consecuencia, corresponde al CONSORCIO asumir los honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaría Arbitral, debiendo asumir cada parte los propios costos en los que hubiera incurrido para la respectiva defensa de sus posiciones.

Por lo que el Tribunal Arbitral en Derecho;

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión del CONSORCIO, por las consideraciones expuestas en este laudo y, por su efecto, se determina que no corresponde declarar la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 145-2017- GPO, entregada con Carta N° 839-2017- EGP-S de fecha 19 de junio de 2017, mediante la cual SEDAPAL denegó la solicitud de ampliación de plazo N° 02 por ciento cincuenta y un (151) días calendarios.

SEGUNDA: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión del CONSORCIO, por las consideraciones expuestas en este laudo y, por su efecto, se determina que no corresponde aprobar la ampliación de plazo por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios, solicitada a la Entidad mediante Carta N° 089-2017/CPL CP 0068-2016- SEDAPAL

TERCERA: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal del CONSORCIO, por las consideraciones expuestas en este laudo y, por su efecto, se determina que no corresponde ordenar a SEDAPAL el pago de los gastos generales y el costo directo debidamente cuantificado como consecuencia directa de la ampliación de plazo solicitada.

CUARTA: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión del CONSORCIO, por las consideraciones expuestas en este laudo y, por su efecto, determiníese la invalidez únicamente de las penalidades aplicadas mediante Cartas N° 750-2017- EGP-S y 901-2017-EGP-S.

QUINTA: ORDENAR que el CONSORCIO asuma los honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaría Arbitral, debiendo atender cada parte los propios costos en los que hubiera incurrido para la respectiva defensa de sus posiciones.

SEXTO: DISPÓNGASE que se publique el presente Laudo Arbitral en el SEACE, para lo cual cuál se faculta al Presidente del Tribunal Arbitral a suscribir la documentación que fuera necesaria para ello.

Notifíquese a las partes.



Marco Antonio Martínez Zamora
Presidente de Tribunal Arbitral



César Augusto Ochoa Cardich
Árbitro

Ada Gabriela Anaya Ramírez
Árbitro

VOTO EN DISCORDIA

ADA GABRIELA ANAYA RAMIREZ
ÁRBITRA

DEMANDANTE: **Consorcio Proyectos Lima** (en adelante, CONSORCIO o el Demandante).

DEMANDADO: **EMPRESA DE SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL** (en adelante, SEDAPAL o el Demandado).

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL:

Presidente : Marco Antonio Martínez Zamora

Árbitra: Ada Gabriela Anaya Ramírez

Árbitro: César Augusto Ochoa Cardich

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez

NÚMERO DE FOLIOS :

SETIEMBRE DE 2018

Decisión N° 9

Lima, 27 de setiembre de 2018

De la revisión del laudo arbitral emitido en la misma fecha por el Tribunal Arbitral en mayoría, la suscrita al analizar el laudo arbitral en mayoría, considera lo siguiente:

- (a) Se encuentra conforme con los vistos del laudo arbitral en mayoría.
- (b) Se encuentra conforme con la determinación y/o fijación de los puntos controvertidos.
- (c) No encuentra conforme el análisis arribado por la mayoría del Tribunal Arbitral, conforme al desarrollo que se hará a continuación.

ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Primera cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la Resolución de Gerencia de proyectos y Obras N° 145-2017-GPO, entregada con Carta N° 839-2017-EGP-S de fecha 19 de junio de 2017, mediante la cual SEDAPAL denegó la solicitud de ampliación de plazo N° 2 por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios.

Segunda cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a SEDAPAL aprobar la ampliación de plazo por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios solicitada a SEDAPAL mediante Carta N° 089-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL y rechazada mediante Resolución de Gerencia de proyectos y Obras N° 145-2017-GPO de fecha 16 de junio de 2017

➤ Respecto de la segunda cuestión controvertida, corresponde determinar si corresponde o no que SEDAPAL pague los gastos generales y el costo directo debidamente cuantificado como consecuencia directa de la ampliación de plazo solicitada

Tercera cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia y/o invalidez de las penalidades aplicadas mediante Cartas Nros. 750-2017-EGP-S, 901-2017-EGP-S y 886-2017-EGP-S, por estar directamente vinculadas a la aprobación de la ampliación de plazo N° 2 por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios.

Cuarta cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine a cuál de las partes corresponde pagar las costas y costos arbitrales.

Previo a iniciar el análisis propiamente de los puntos controvertidos, se puede advertir que los mismos guardan relación entre ellos, en tal sentido, la suscrita considera que al analizar el primer punto controvertido, los puntos controvertidos siguientes se analizarán de manera subsecuente con el análisis antedicho.

De la primera cuestión controvertida.-

En este punto, la suscrita analizará la procedencia o no de la Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 145-2017-GPO, mediante la cual SEDAPAL denegó la solicitud de ampliación de plazo N° 02 por 151 días calendarios.

PRIMERO.- Se debe tener presente el tenor y contenido de la Carta N° 192-2017-EGP/S¹ de fecha 15 de febrero de 2015, recibida en la misma fecha por el Consorcio, misiva en la cual la propia entidad, SEDAPAL, le comunica textualmente lo siguiente:

"(...) Al respecto, se remite a vuestra representada el Informe del Inspector del Estudio, debidamente sustentado, en el documento de la referencia c), en donde se recomienda dar la opinión favorable al Informe de Avance N° 02, por haber incluido y subsanado todas las observaciones y recomendaciones emitidas por los diferentes Equipos y Especialistas de SEDAPAL" (el sombreado es de la suscrita).

Asimismo, en el Informe Técnico N° 013-2017-EGP-S/LCJ de fecha 14 de febrero de 2017 (forma parte de la carta 192-2017-EGP/S), la suscrita acepta la cita a que se hace referencia en el numeral 38) del laudo arbitral en mayoría; sin embargo, discrepa del análisis y conclusión arribada por los árbitros, puesto que los mismos no consideran el numeral 6 del propio informe que señala textualmente:

“6. Conclusiones y Recomendaciones”

- “De lo expuesto, el suscrito otorga la opinión favorable al Informe de Avance N° 02 entregado por el CONSORCIO PROYECTOS LIMA, por haber incluido y subsanado las observaciones emitidas por diferentes especialistas de SEDAPAL, **toda vez que se considere y complemente lo indicado en las observaciones 6, 18, 24 y 30, para las entregas N° 03 y 04.**” (el sombreado es de la suscrita).*

SEGUNDO.- Que, de lo señalado en el primer punto precedente, se aprecia que propiamente SEDAPAL no dejó constancia de una supuesta “observación al cálculo de los parámetros de diseño”, sino todo lo contrario, en sus conclusiones expresamente manifestó que se debe considerar y complementar lo indicado en las observaciones (24), es decir, el CONSULTOR al momento de presentar las entregas 03 y 04 tenía la obligación contractual de complementar lo señalado en la observación 24, es decir, es lógico concluir que la Observación 24 estaba supeditada a situaciones que se debían esclarecer o determinar en las entregas 03 y 04, siendo ello así, líneas más adelante se analizará si se cumplió o no con ello.

TERCERO.- En el laudo en mayoría, el Tribunal hace un análisis sobre lo acontecido en el Avance y/o Entrega 03; sin embargo, de la revisión de la Resolución que declara improcedente la Ampliación de Plazo N° 02, en ninguno de sus considerandos desarrolla algún incumplimiento acaecido en dicho Avance, en consecuencia se aprecia que no ha sido alegado como argumento por ninguna de las partes.

Al respecto, viene a colación lo dispuesto en la Doctrina sobre materia procesal, en este extremo. A decir de Martín Alejandro Hurtado Reyes sobre “La Incongruencia en el proceso civil”, señala textualmente:

¹ Anexo 1-L del escrito de demanda



(...) 4.1.3 Incongruencia Fáctica:

Uno de los elementos objetivos de la pretensión procesal son los hechos. Los hechos son los elementos fácticos que secundan la llamada causa petendi. Sin hechos no podemos estructurar adecuadamente un proceso. Estos -en el proceso- constituyen el supuesto de hecho de la norma jurídica que se pretende aplicar en la sentencia.

Los hechos pueden ser aportados por el demandante al postular su pretensión y el demandado al ejercer resistencia, el juez -léase árbitro- no puede aportar hechos (por ser un tercero imparcial), por lo cual, el tratamiento de los hechos al resolver debe ser adecuado, pues, de lo contrario se incurrirá en incongruencia fáctica.

La incongruencia de los hechos o del material fáctico tiene lugar cuando el juez -léase árbitro- omite el cumplimiento de la máxima iudes secundum allegata et probata partium decidere deber, es decir cuando emite resoluciones que se apartan de los hechos y los medios probatorios propuestos por las partes (pues no olvidemos que lo que se prueba en el proceso son hechos).

Corresponde a las partes en virtud al Principio Dispositivo (aunque la doctrina actualmente hace una diferenciación entre este principio y el de aportación) aportar los hechos y los medios probatorios en que se sustentan dichos hechos, de tal forma que una resolución será incongruente si toma en cuenta hechos no involucrados ni alegados en el proceso por las partes. Sin embargo, ello, no impide que el juez -léase árbitro- pueda incorporar de oficio (¿facultad, obligación o carga?) al proceso medios probatorios que ayuden a resolver el conflicto de intereses, es decir, el juez -léase árbitro- puede basar su decisión valorando medios probatorios incorporados al proceso de oficio, pero lo que no puede hacer es resolver tomando en cuenta hechos distintos a los alegados por las partes.

Se excede el juez (extra petita), cuando resuelve sobre situaciones no planteadas por las partes, invoca hechos no alegados. (...)

(...)

En cuanto a los elementos fácticos, el tribunal incurre en incongruencia cuando el juez -léase árbitro- no sentencia -lauda- según lo alegado y probado por las partes. Así, existe incongruencia si el fallo se base en algún dato fáctico no introducido expresamente por la parte como fundamento de su acción o de su excepción. La limitación impuesta por la congruencia consiste en que no puede el tribunal introducir por sí mismo un hecho relevante o fundamental." (lo sombreado es de la suscrita).

CUARTO. - Ante lo señalado en el tercer considerando, se aprecia de la lectura de la resolución de la entidad que denegó la ampliación de plazo que, en ninguno de sus considerandos se alega como argumentos hechos acontecidos en relación al Avance 03, es decir, la propia SEDAPAL no alegó incumplimiento del Avance 03 como causal para denegar la referida ampliación, por ende, al momento de emitir DECISIÓN para

este Tribunal Arbitral no se puede alegar hechos no argumentados por las partes ni puede analizar pruebas que no guardan relación con la denegatoria de la ampliación de plazo, más aún si la propia resolución de SEDAPAL no lo consideró, por ende se está ante una INCONGRUENCIA FACTICA, conforme a la doctrina procesal, por lo que el análisis del laudo en mayoría comete una infracción de carácter procesal, por motivar en el laudo hechos no alegados por las partes, existiendo una indebida motivación en este extremo.

QUINTO.- Siguiendo con el desarrollo del presente voto en discordia, la Resolución que denegó la Ampliación de Plazo tiene como argumentos, el supuesto incumplimiento referido al Avance 04 y así lo señala el laudo en mayoría, respecto del Diseño de los sistemas de agua potable y alcantarillado y los Planos de Pre diseño de Obras Generales y Obras Secundarias.

En este extremo, la suscrita al momento de revisar el acervo documentario aprecia que dichas observaciones han sido levantadas a satisfacción conforme a la transcripción textual siguiente:

“5.1 Observaciones

Diseño de los sistemas de agua potable y alcantarillado

1. *En el Diseño de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado el consultor deberá considerar los proyectos referentes a los sistemas de agua potable y alcantarillado que se desarrollan por el Equipo Técnico Sur los cuales se asocian directamente con el presente estudio. Con la información que fue proporcionada por el ET-S el consultor deberá conceptualizar en sus diseños el escenario macro del presente sistema con su interacción frente a los demás proyectos.*

Parcialmente absuelta, el Consultor en el Diagnóstico ha mencionado la existencia de las obras por terceros, pero también deberá conceptualizar en sus diseños el escenario macro del presente estudio y su interacción frente a los demás proyectos.

Parcialmente absuelta, no presentó lo solicitado.

Absuelta, presentó lo solicitado.

Planos de Pre diseño de Obras Generales y Obras Secundarias

6. *En los planos de Pre-diseño no se identifica los componentes de las obras que se están ejecutando por Terceros (ET-S) las cuales fueron proporcionadas por el EGP-S, así también no analiza y explica cómo serán consideradas estas obras dentro del desarrollo del Estudio Definitivo.*

Parcialmente absuelta, el Consultor en el Diagnóstico ha mencionado la existencia de las obras por terceros, pero en los planos de prediseño no identifica ni explica cómo serán consideradas estas obras dentro del desarrollo del Estudio Definitivo.

Parcialmente absuelta, no presentó lo solicitado.

Absuelta, presentó lo solicitado.” (lo sombreado es de la suscrita)

Es decir, se acredita de manera indubitable que ambas observaciones sobre las que se basa el análisis del laudo en mayoría, en puridad han sido absueltas a satisfacción, lo cual se desprende el Informe Técnico N° 043-2017-EGP-S/LCJ, anexo a la Carta N° 646-2017-EGP/S de fecha 09 de mayo de 2017 emitida por SEDAPAL, por ende se concluye que el Tribunal en mayoría ha realizado: (i) una transcripción incompleta y (ii) por ende realiza su análisis de forma errada y su conclusión igualmente errada.

A mayor abundamiento, en el referido Informe se concluye lo siguiente:

“6. Conclusiones y Recomendaciones”

- “De lo expuesto, el suscrito otorga la opinión favorable al Informe de Avance N° 04 entregado por el CONSORCIO PROYECTOS LIMA, por haber incluido y subsanado las observaciones emitidas por diferentes especialistas de SEDAPAL.”*

Respecto de las conclusiones alegadas en el numeral 47 del laudo en mayoría, no es cierto que SEDAPAL haya observado el cálculo de la demanda desde el Avance 2 hasta el Avance 4, por cuanto de la lectura de las conclusiones, se acredita que SEDAPAL tenía conocimiento de las observaciones (especialmente la 24), pero estas iban a ser consideradas en los Avances posteriores (03 y 04) por razones técnicas, es decir, existía una situación de carácter suspensivo hasta que se avancen los demás entregables por existir una vinculación supeditada a la entrega de los Avances 03 y 04, por ende, no se puede concluir que la Entidad observó el cálculo por responsabilidad de la Contratista.

Sexto..- Que, como se ha mencionado no existió propiamente una Observación concluyente bajo la responsabilidad exclusiva del Contratista, sino una Observación vinculada y supeditada al desarrollo de los Avances posteriores como son el 03 y 04, lo cual debía darse en dichas etapas, es decir, el Estudio de Campo que se debía realizar en el Avance 02 no comprendía propiamente la obra de terceros, más aún ello está corroborado por cuanto la propia SEDAPAL mediante su Carta N° 631-2017-EGP-S de fecha 04 de mayo de 2017, recién le confirma que se debe incluir en el cálculo de la demanda el aporte de las obras ejecutadas por terceros, es decir, a la fecha de aprobación del Avance 02 (febrero 2017) la propia SEDAPAL no autoriza la inclusión de las obras hechas por terceros (Proyecto Conjunto Residencial Alto Mirador, Buonavista II y Positan”, sino en mayo de 2017.

Séptimo.- Sobre la procedencia o no de la Ampliación de Plazo N° 02.

Al respecto, la causal invocada por la Demandante es por la demora en la aprobación de la “Proyección de la demanda” por parte de SEDAPAL.

En este punto, está acreditado que la Proyección de la Demanda fue aprobada el 26 de mayo de 2017 por SEDAPAL mediante Carta N° 750-2017-EGO-S, por cuanto se aprecia en el Informe Técnico N° 049-2017-EGP-S/LCJ (adjunto a dicha carta) que le indica lo siguiente:

“Los planos de pre-diseño deberán ser actualizados de acuerdo a la información presentada en la Aprobación de la Demanda. Sin perjuicio de ello, se ha realizado la revisión de la información presentada encontrando las siguientes observaciones (En cuanto a esta precisión, indicamos que con carta N° 646-2017-EGP-S de fecha 09 de mayo de 2017 se aprobó el Informe de Avance N°

04, en el cual se daba por conforme el cálculo de la demanda, dicho esto la Inspección recién inicia la revisión completa del Informe N° 05 "la actualización de los diseños y demás según el cálculo de la demanda aprobado"

Es decir, SEDAPAL al momento en que autorizó que se incorporara en la "Proyección de la Demanda" el cálculo referente a la intervención de terceros, lo que implicó que se volviera a revisar los trabajos realizados desde la presentación del Avance 02 y como se ha desarrollado en los considerandos precedentes de este Voto en Discordia está acreditado que no fue responsabilidad de la Contratista no subsanar la Observación 24 referida al Avance 02 en dicha momento o etapa, por cuanto se dispuso a consideración para su complementación en el desarrollo de los Avances 03 y 04, y está acreditado con la aprobación del Avance 04 la inclusión definitiva del levantamiento completo de la Observación 24 (Avance 02) que contenía a su vez la obra ejecutada por tercero.

En este escenario, está acreditado que la demora no fue por causa propia del Consorcio, sino es causal imputable a SEDAPAL al reservar y trasladar el levantamiento de la Observación 24 al momento del desarrollo de los Avances 03 y 04 (Conclusión del Informe Técnico N° 013-2017-EGP-S/LCJ de fecha 14 de febrero de 2017 (forma parte de la carta 192-2017-EGP/S), por ende, la causal invocada por la parte actora debe prosperar.

Ahora bien, siendo que la "Proyección de la Demanda" es un componente del Avance 02, ello implica que se debía revisar nuevamente lo entregado para que se adecue la intervención del tercero que se autorizó en el Avance 04, por ende, estando al cronograma para la presentación de los Avances, está acreditado que la fecha de inicio del Avance 02 fue el 27 de diciembre de 2016, y que la parte demandante tomó conocimiento de adecuar la intervención del tercero con la carta N° 750-2017-EGO-S de fecha 26 de mayo de 2017, finalizando el hecho generador.

En la misma línea y teniendo en cuenta la doctrina desarrollada sobre la Incongruencia Fáctica, se tiene que ninguna de las partes ha argumentado sobre el procedimiento y plazos para la presentación de la ampliación de plazo, lo cual supone que se cumplieron con las formalidades y plazos.

Por lo tanto, debe ampararse la ampliación de plazo N° 02, de conformidad con el artículo 140 numeral 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

OCTAVO: En relación al pago de gastos generales y costos directos

Por otra parte, la Demandante solicita que se le pague los gastos generales y el costo directo debidamente cuantificado como consecuencia directa de la ampliación de plazo N° 02, en esa línea, el artículo 140 quinto párrafo, prevé el pago de los gastos generales variables y el costo directo, debidamente acreditados.

El Demandante al solicitar los gastos generales y el costo directo, presenta un estimado de gastos generales (Anexo 1.RR), sin embargo, además de cuantificarlos tenía que acreditarlos, tal como prevé la norma antes citada.

Esta pretensión deberá ser declarada IMPROCEDENTE.

NOVENO.- En relación a la penalidad



En este extremo, la árbitra suscribe la Decisión elaborada por el Tribunal Arbitral en mayoría respecto de declarar fundada en parte esta pretensión, adhiriéndose sólo a los considerandos 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79 en el segundo párrafo debe decir: "Carta N° 886-2017-EGP-S" en vez de "901-2017-EGP-S", considerandos 80, 81 y 82.

Además de los siguientes considerandos:

- Habiéndose aprobado la ampliación de plazo N° 02, por 151 días calendario, las penalidades que SEDAPAL aplica no le alcanzan a la Demandante, por haberse trastocado los plazos contractuales.
- Por tales considerandos se debe dejar sin efecto las penalidades impuestas por las Cartas N° 750-2017-EGP-S y 901-2017-EGP-S, y respecto de la Carta N° 886-2017-EGP-S, al no hacerse presentado como medio probatorio se desconoce el contenido de la misma, no pudiendo la árbitra pronunciarse sobre esta supuesta penalidad.

Se debe declarar FUNDADA en parte la tercera pretensión principal, únicamente en cuanto se dispone la invalidez de las penalidades aplicadas mediante las Cartas N° 750-2017-EGP-S y 901-2017-EGP-S.

DÉCIMO.- En relación a la Respecto a la determinación de los costos y costas procesales.

Los artículos 56, 69, 70 y 73 de la Ley de Arbitraje, disponen que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

Al respecto, la Cláusula Décimo Séptima del Contrato establece, en su literal a), que los costos y costas que genere el arbitraje, que este colegiado asume como los que corresponden a los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral, deberán ser asumidos por quien solicita el arbitraje.

Debemos entender por costos a los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, gastos administrativos de la Institución Arbitral, y gastos razonables incurridos para la defensa en el arbitraje.

El Tribunal Arbitral puede variar la mencionada Cláusula, siempre que se determine que la parte que ha asumido la totalidad de los honorarios de los miembros del Tribunal y gastos de administración, ha resultado ganadora en gran mayoría de pretensiones; en consecuencia, corresponde que SEDAPAL asuma el 80% del total de los costos, y la parte Demandada el 20% del total de los costos, y en el mismo porcentaje que asuman los honorarios de la defensa. Debiéndose ordenar el reembolso respectivo por parte de SEDAPAL a favor del Demandante.

Por lo que la arbitra, **RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión del CONSORCIO DEMANDANTE, por las consideraciones expuestas en este voto en discordia y, por su efecto, se determina que corresponde declarar la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 145-2017- GPO, entregada con Carta N° 839-2017- EGP-S de fecha 19 de junio de 2017, mediante la cual SEDAPAL denegó la solicitud de ampliación de plazo N° 02 por ciento cincuenta y un (151) días calendarios.

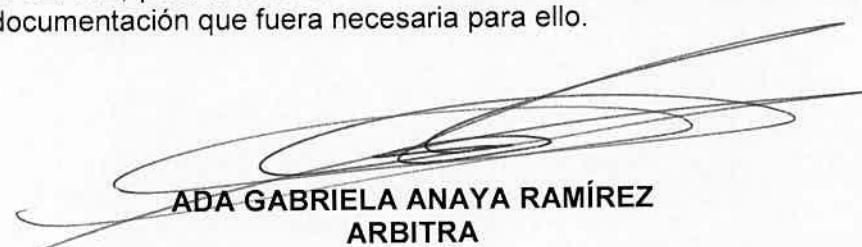
SEGUNDA: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión del CONSORCIO DEMANDANTE, por las consideraciones expuestas en voto en discordia y, por su efecto, se determina que corresponde aprobar la ampliación de plazo por ciento cincuenta y uno (151) días calendarios, solicitada a la Entidad mediante Carta N° 089-2017/CPL CP 0068-2016-SEDAPAL.

TERCERA: Declarar **IMPROCEDENTE** la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal del CONSORCIO DEMANDANTE, por las consideraciones expuestas en este voto en discordia y, por su efecto, se determina que no corresponde ordenar a SEDAPAL el pago de los gastos generales y el costo directo, por no haberse acreditado.

CUARTA: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión del CONSORCIO DEMANDANTE, por las consideraciones expuestas en este voto en discordia y, por su efecto, determinese la invalidez únicamente de las penalidades aplicadas mediante Cartas N° 750-2017-EGP-S y 901-2017-EGP-S.

QUINTA: ORDENAR que SEDAPAL asuma el 80% del total de los honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos de la Institución Arbitral, y el CONSORCIO DEMANDANTE asuma el 20% del total de los honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos; y en el mismo porcentaje las partes asuman los honorarios de su defensa. Debiéndose ordenar el reembolso respectivo por parte de SEDAPAL en favor del Demandante.

SEXTO: DISPÓNGASE que se publique el voto en discordia que acompaña el Laudo Arbitral en el SEACE, para lo cual cuál se faculta al Presidente del Tribunal Arbitral a suscribir la documentación que fuera necesaria para ello.



ADA GABRIELA ANAYA RAMÍREZ
ARBITRA